

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Filosofía del Derecho**



**TESIS DOCTORAL**

**Derecho y Literatura: James Boyd White y Richard H. Weisberg**

**Dos modelos de crítica literaria aplicada al derecho**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Teresa Arsuaga Acaso**

Directora

Paloma Durán Lalaguna

**Madrid, 2015**

TESIS DOCTORAL

---

DERECHO Y LITERATURA:  
JAMES BOYD WHITE Y RICHARD H. WEISBERG  
DOS MODELOS DE CRÍTICA LITERARIA APLICADA AL DERECHO

---

TERESA ARSUAGA ACASO  
LICENCIADA EN DERECHO

DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

2015

DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO

DERECHO Y LITERATURA:  
JAMES BOYD WHITE Y RICHARD H. WEISBERG  
DOS MODELOS DE CRÍTICA LITERARIA APLICADA AL DERECHO

TERESA ARSUAGA ACASO  
LICENCIADA EN DERECHO

DIRECTORA DE LA TESIS:  
PALOMA DURÁN LALAGUNA

# ÍNDICE

<b>ÍNDICE</b>	<b>I</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>5</b>
<b>PARTE I: JAMES BOYD WHITE EL DERECHO COMO LITERATURA</b>	<b>19</b>
<b>SECCIÓN 1: PRESUPUESTOS</b>	<b>25</b>
I. LAS CONDICIONES DE NUESTRA EXISTENCIA: EL LENGUAJE LITERARIO Y LA INCERTIDUMBRE. SU CONSIDERACIÓN EN EL DERECHO	25
1. El lenguaje científico y conceptual vs. el lenguaje literario	25
2. El anhelo de certeza o aprender a vivir en la incertidumbre	28
3. El Derecho como actividad retórica e intelectual con la que construir significados a través del lenguaje versus el Derecho como una estructura de normas o política.	31
4. Consecuencias	37
4.1. En la práctica del Derecho	37
4.2. En la enseñanza del Derecho	54
4.2.1. La integración como excelencia	58
4.2.2. El papel de las decisiones judiciales	62
4.2.3. El método de las humanidades	64
4.2.4. La enseñanza interdisciplinar: el Derecho en contexto	70
II. EL IMPERIO DE LA FUERZA	72
<b>SECCIÓN 2: SYLLABUS</b>	<b>78</b>
I. CUESTIONES PRELIMINARES	78
1. Qué pueden aprender el abogado y el juez de la literatura	78
2. ¿Cuál podría ser la literatura más adecuada para el abogado?	82
3. El Derecho como literatura	83
II. SYLLABUS	91
1. El abogado-escritor: dominio del lenguaje y calidad del pensamiento	92
1.1. Análisis de cómo los lenguajes y sus usos contribuyen a constituir diferentes culturas, comunidades y a uno mismo	96
1.1.1. La correcta relación con el lenguaje	96
1.1.2. Las distintas maneras en que puede hablarse de las personas y su trascendencia: como objetos, caricaturas, instrumentos o como centros de autonomía o valor.	105

1.2. Una poética para el Derecho	112
1.2.1. El poema y la decisión judicial	112
1.2.2. El juez y el poeta	113
1.2.3. La narración de una historia en el proceso judicial	122
1.2.3.1. La tensión entre el relato de los hechos y el lenguaje jurídico	123
1.2.3.2. La narrativa en el abogado	126
1.2.3.3. <i>Educative Frienship</i>	131
1.2.4. <i>Living speech</i>	135
1.2.4.1. Reconocer y resistir las fórmulas muertas de expresión	136
1.2.4.2. “ <i>Knock! Knock! Anybody at home?</i> ”	138
1.2.4.3. El deseo de significado	146
1.2.4.4. El Derecho como actividad por la que se da significado a la experiencia y la justicia	151
2. El abogado-lector: ¿A qué tipo de vida invita este texto?	154
2.1. La acción social y cultural del texto	156
2.2. Una nueva perspectiva para la crítica del Derecho	160
2.3. La autoridad en el Derecho	164
2.4. El abogado traductor	176
<b>PARTE 2: RICHARD WEISBERG EL DERECHO EN LA LITERATURA</b>	<b>187</b>
<b>SECCIÓN 1: PRESUPUESTOS</b>	<b>192</b>
I. LA LECCIÓN DE VICHY	192
1. La singularidad del caso francés.	192
2. El Dececho y la retórica jurídica en la Francia de Vichy	194
3. Diagnóstico	201
4. Causas	204
5. La actualidad de Vichy	206
5.1. Formación ética	207
5.2. Implicaciones teóricas y profesionales	208
II. UNA POÉTICA PARA EL DERECHO	212
III. EL EJEMPLO DEL JUEZ CARDOZO	218
1. Intuición	218
2. Cultura	221
3. El razonamiento inductivo	223
4. Habilidades poéticas	225
4.1. Estilo y retórica	225
4.2. Hermenéutica	227
4.3. Conciencia de los valores	229
4.4. Imaginación	229
<b>SECCIÓN 2: SYLLABUS</b>	<b>231</b>
I. CUESTIONES PRELIMINARIES	231
1. <i>Poethic substance</i> o qué puede enseñar la literatura	231

2. El Derecho en la literatura	235
3. El canon literario	237
II. SYLLABUS	239
1. Literatura moderna continental	240
1.1. El desafío interpretativo de Weisberg	241
1.2. El Resentimiento	243
2. <i>Procedural Novels</i>	250
3. La novela moderna y contemporánea anglo-americana; El abogado en la literatura	256
3.1. Comunicación eficaz pero éticamente cuestionable	259
3.2. Vida pública y vida privada de los abogados	261
3.3. Comunicación ética pero, esta vez, poco eficaz	263
3.4. La literatura y el <i>outsider</i> en el Derecho. La empatía	275
4. <i>Billy Budd</i> de Melville	280
4.1. La lectura atenta o <i>Close Reading</i> : la estrategia interpretativa demandada por el texto	281
4.2. El Derecho como literatura: la utilización del Derecho por los novelistas como una forma de autocrítica	284
4.3. <i>Considerated Communication</i>	285
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>289</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>309</b>
<b>ANEXO</b>	<b>319</b>

**“DERECHO Y LITERATURA” ORIGEN, TESIS PRINCIPALES Y RECEPCIÓN EN ESPAÑA**



# ABSTRACT





## **LAW AND LITERATURE: JAMES BOYD WHITE AND RICHARD H. WEISBERG. TWO MODELS OF LITERARY CRITICISM APPLIED TO LAW**

This thesis contains a study of the relationship between "law and literature" based on the studies carried out in this area by the two leading representatives of the North American movement "Law and Literature Studies": James Boyd White and Richard Weisberg.

Several questions raised by bringing law closer to literature are studied. Among others are the following: the nature and scope of the relationship between literature and law, a relationship that goes well beyond a mere association of the two disciplines; the reasons and objectives that can justify it; the possible ways in which it can be undertaken; the ideas about law and literature that may underlie it; the consequences, possibilities and benefits that its practice and teaching could represent for lawyers and judges, as well as the law itself.

These questions focus the research about James Boyd White and Richard Weisberg, both eminent members of Law and Literature Studies. This is a movement that arose in the North American academic community the early 1970s and which has not ceased to grow in importance since then, making ever more numerous doctrinal/theoretical contributions -- sometimes giving rise to intense academic debates -- and establishing itself as part of the law curriculum. The movement's ideas have been expressed and disseminated mostly through articles in specialised journals, some of which have been collected into monographs, without there being an overall manifesto or commonly accepted principles.

One of the purposes of this thesis is to make known, arouse interest in and facilitate the reception of a movement little known in Spain, but of great importance in the US.

The possibility of outlining a general exposition of the movement has been rejected in favour of an in-depth study of two of the most influential writers in it. This choice results from the heterogeneous nature

of the movement, which advances through one partial and specific study after another and cannot be reduced to abstract principles.

The choice of these two specific names results from the fact that both meet a series of conditions that should be kept in mind. For example, unlike many others who have written about this material, they have broad knowledge and extensive experience in both law and literature: both have been trained in literature and law, have been university professors in both disciplines, and have practised law. Furthermore, their works in this field lie at the heart of the movement and have driven and structured it from its beginnings to the present. Likewise, their studies in this field have been regarded by various specialists as the most representative of each of the two currents that make up the movement: that of James Boyd White in the area of law as literature and that of Richard Weisberg in the area of the law in literature. Given the representative nature of the two authors, a study focused on only them, as is done in this thesis, means having an extraordinary entry point to learn about the movement and its principal directions. Nevertheless, there are materials, subjects or questions that are knowingly left unexplored. As an example of things that are omitted are the most post-modern positions regarding literary criticism as applied to the law, such as the one supported by Stanley Fish, which also lies within Law and Literature Studies. The proposals of Weisberg and White are, in large part, a reaction precisely to those who maintain these most post-modern stances, and especially to the one defended by Fish.

The two authors are examined using the same schema, which consists of two parts: premises and syllabus.

The premises offer a theoretical framework which serves to clarify, justify and make more understandable the second part of the schema called syllabus, which gathers together a carefully organized selection of the specific work each writer has carried out on the literary texts he analyses. This section shows what these texts are, the different aspects to which attention is paid in their reading and the possible benefits of these lessons for lawyers and judges, as well as the objectives pursued.

In fact, it is through the analysis of different literary texts that these writers put forth their critical method. The texts studied, the aspects to which attention is given and the lessons that can be derived from each vary in each of their articles and books. In order to deal with the overall model, a presentation integrating all these elements is needed. This is the *raison d'être* of the syllabuses. In short, one can try to provide a full view of the critical model through them. All that is preceded by the premises where those analyses find their theoretical basis.

Despite the differences between them, the two authors chosen as noted representatives from the movement share a single purpose, that of orientating law toward the literary. The movement of law closer to the domains of literature sheds light on an intensely humanistic conception of the former, an alternative to the long dominant positivistic, normativistic and economic style.

White and Weisberg share the same awareness of the shortcomings and inadequacies of the positivist model of law and react against the excessive trust which, in the early 1960s, North American law was placing in the social and economic sciences, and especially against the enormous influence that the Law and Economics movement had begun to acquire. They denounce the risks of trivialising human experience and the dangers for the law and democracy of an excessive and pervasive presence, with no known limits, of these scientific methods. In order to work, the sciences need a necessarily reduced and simplified image of human beings, require an impersonal response emptied of all value judgements by lawyers and judges, and disregard the collection of texts, agreements and traditions that make up the law.

In contrast, the bringing together of law and the literary advocated by these two writers means, in the first place, that law stops being viewed mainly as a static structure of rules laid out in a conceptual language which demands a neutral response from lawyers and judges and reasoning based on the application of the formal logic arising from the laws. From the literary perspective, law must not be seen as an autonomous and self-sufficient discipline, but rather as another language within the languages

of culture, one which necessarily participates in them and which, at the same time, contributes to shaping them (for better or worse). As a consequence, emphasis is placed on the active rather than static nature of the law: not the laws themselves, but on what their interpreters, lawyers and judges make of them, that is to say, on that moment in which the inanimate letter of law texts comes to life. It is because of this that both authors demand that training in this discipline focus precisely on that central moment in which the law collides with reality. It is at that moment when lawyers and judges are required to observe the facts, to give them meaning by weaving them into a narrative – in some way always literary – and to translate them into the language of the law. Hence the need, felt by both, for certain literary skills and a type of knowledge and learning that links to that which a writer or critic does and must know and which comes closer to art than to science.

The question that both raise is: how to do this well?

While both Weisberg and White make an effort to teach this art to lawyers and judges, they diverge in their methods. Nonetheless, the two share the conviction that with the type of liberal education through literature which transcends the legal, greater dignity is granted to the individual who applies the law, to the tasks of lawyers and judges, and to law itself.

# INTRODUCCIÓN



La presente tesis contiene una investigación acerca de la relación entre el “Derecho y la literatura” a partir de los estudios que, sobre esta materia, han desarrollado dos de los principales representantes del movimiento norteamericano “*Law and Literature Studies*”<sup>1</sup>: James Boyd White y Richard Weisberg.

Se propone investigar sobre algunas cuestiones que surgen de la aproximación del Derecho a la literatura. Entre otras, las siguientes: la naturaleza y dimensión de esta relación entre literatura y Derecho, la cual excede con mucho a la mera asociación de dos disciplinas; las razones y objetivos que pueden justificarla; los posibles modos en que puede entablarse; la idea acerca del Derecho y la literatura que podría subyacer en ella; las consecuencias, posibilidades y beneficios que podrían representar para el abogado y el juez así como para el Derecho mismo, para su práctica y para su enseñanza.

Este objetivo podría también presentarse como una contestación a preguntas como éstas: ¿Qué puede tener que ver el Derecho con la literatura? ¿Qué analogías podrían establecerse entre estas disciplinas? ¿Qué relevancia puede tener la literatura para el Derecho, los abogados y los jueces? ¿Podrían aprender éstos algo de aquella? ¿Cuál sería el contenido de este aprendizaje y qué posibilidades representaría para los abogados, los jueces y para el Derecho mismo? ¿Cuál sería la finalidad de este tipo de enseñanza y por qué? ¿Qué método de lectura o crítica sería idóneo y qué obras literarias serían válidas para ello?

Estos temas centran la investigación sobre James Boyd White y Richard Weisberg, ambos integrantes eminentes de *Law and Literature Studies*. Este es un movimiento que nace en el seno de la academia norteamericana a comienzos de los años setenta del pasado siglo y que,

---

<sup>1</sup> En el Anexo se incluye un *Working Paper* titulado “Derecho y Literatura”: Origen, tesis principales y recepción en España. Se trata de un trabajo previo a la presente tesis orientado a identificar algunos de los temas y los autores centrales del movimiento *Law and Literature studies*. No pretende ser un estudio exhaustivo sino la presentación de una panorámica general del movimiento que incluye, además, una selección bibliográfica adecuada para quienes deseen iniciarse en él.



desde entonces, no ha dejado de crecer en importancia con las cada vez más numerosas aportaciones doctrinales –que han dado ocasión a intensos debates académicos- y su progresiva implantación en los planes de estudios de las escuelas de Derecho.<sup>2</sup> Las ideas del movimiento se han expresado y difundido, en la mayoría de los casos, a través de artículos de revistas especializadas –a veces reunidos en monografías-, sin que exista un manifiesto de alcance general o unos principios comúnmente aceptados.<sup>3</sup>

Muchas de estas aportaciones, pese a sus diferencias, han sido agrupadas alrededor de lo que han sido identificadas como las dos principales líneas de investigación del movimiento: El Derecho *en* la Literatura y el Derecho *como* Literatura. Las opiniones dentro de cada una de estas dos ramas no son tampoco pacíficas, ni cuentan con unidad de método y presupuestos. Con todo, podría decirse, de forma muy resumida, que la primera de ellas reúne a aquellos que consideran el estudio de determinadas obras de la literatura y de los motivos jurídicos comprendidos en ellas como un método especialmente idóneo para una comprensión más profunda de la experiencia humana así como de la naturaleza del Derecho y su función de hacer justicia. En cuanto a la

---

<sup>2</sup> En “*Law and Humanities Blog*”, disponible en <http://lawlit.blogspot.com/>, puede encontrarse una amplia bibliografía con los principales libros y artículos sobre “Derecho y literatura” publicados desde 1982 hasta el 2006 así como una muestra amplia de textos literarios sobre Derecho. En esta misma página puede verse un extenso *Syllabus* sobre “Derecho y Literatura” dirigido por el profesor J. Slove en la *George Washington University Law School* (2010). Un estudio sobre los cursos de Derecho y Literatura en las escuelas de Derecho norteamericanas a finales de los años ochenta puede encontrarse en Elisabeth Gemmette, “Law and Literature: An Unnecessarily Suspect Class in the Liberal Arts Component of the Law School Curriculum”, 23 *Valparaiso Law Review* 267, 1989. Acerca de la expansión que había alcanzado el movimiento ya en los años noventa del pasado siglo en el ámbito educativo ver por ejemplo: Elisabeth Gemmette, “Law and Literature: Joining the Class Action”, 29 *Valparaiso Law Review* 665,666 (1995)

<sup>3</sup> Bajo la rúbrica Derecho y literatura los trabajos que se llevan a cabo son muy variados en género e intención. No hay un programa organizado ni compromiso ideológico. No existe ni siquiera unanimidad respecto al nombre. Hay autores que hablan de “*Law and Language*” otros de “*Law and Humanities*” o de “*Law, Culture and Humanities*”. Como dice James Boyd White en “The Cultural Background of the Legal Imagination”, esta heterogeneidad deriva de la naturaleza misma de la literatura y de las humanidades y ha de verse como una característica positiva. La idea es que “muchas flores puedan florecer diferentes en forma y color”. Ver también, James Boyd White, “law and Literature: No Manifesto”, 39 *Mercer Law Review*. 739, 1988. Sobre la diversidad de posturas dentro del movimiento ver, por ejemplo: “Symposium Law and Literature”, 39 *Mercer Law Review* 739-93.

segunda, incluye los estudios orientados al análisis de las características comunes de ambas disciplinas, Derecho y Literatura, en cuanto a su condición de textos: lenguaje, retórica, hermenéutica y otros asuntos conectados.<sup>4</sup>

A pesar de ser un movimiento carente de unidad y de sistema, ya ha logrado despertar interés fuera de las fronteras del Derecho norteamericano, tanto en el ámbito del Derecho europeo continental como en el Iberoamericano.

En España es aún escasa su recepción en el mundo académico y doctrinal,<sup>5</sup> resultando, además, en la actualidad muy insignificante el número de universidades que incorporan esta innovadora propuesta interdisciplinar. Aunque sí puede advertirse una progresiva receptividad hacia algunos de los temas nucleares del movimiento en los planes de estudio (por ejemplo, el interés por la retórica), el motivo de esta incorporación no reside en la mayoría de los casos en la asunción

---

<sup>4</sup> La primera distinción entre Derecho *en* la literatura y Derecho *como* literatura se encuentra en Ephraim London, *The Worl of Law*, Simon and Scuster: New York, 1960. Como quedará reflejado en el capítulo de conclusiones no existe una línea divisoria clara entre estas dos líneas de investigación dentro del movimiento. En los distintos estudios sobre éste pueden apreciarse variaciones respecto a la definición que dan a una y otra y a la identificación de los autores con cada una de ellas. Ver, por ejemplo, Robert Weisberg, "The Law-Literature Enterprise", *Yale Journal of Law and the Humanities*, I, 1988, págs. 1-67. Ian Ward, *Law and Literature: Possibilities and Perspectives*, Cambridge University Press, 1995, págs. 3 y ss. C.R.B Dunlop, "Literature Studies in Law Schools", 3 *Cardozo Studies in Law and Literature*, págs 63 y ss.

<sup>5</sup> En España algunos trabajos que muestran el conocimiento y recepción del movimiento *Law and Literature Studies* son, por ejemplo, el de Pedro Calvo González: *Implicación Derecho, literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, Comares, Granada, 2008. En este libro el autor analiza distintas intersecciones entre el Derecho y la literatura e incorpora nuevos argumentos y perspectivas a través de los estudios realizados por autores de distintos países como Portugal, Canadá, Inglaterra y, con notable mayor extensión, de Latinoamérica. Pedro talavera en *Derecho y Literatura*, Comares, Granada 2006, tras una presentación general del movimiento norteamericano, indaga sobre las posibilidades de su aplicación al ámbito continental. El resto del libro lo dedica a exponer el resultado de un conjunto de reflexiones sobre cinco textos literarios en las aulas universitarias. Mercedes Carreras Jimenez, en su artículo "Derecho y Literatura", *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos*, ISSN 0211-4526, nº34, 1996, págs. 33-62 presenta *Law and Literature Studies* en el contexto de las diferentes corrientes de crítica literaria e interpretación.

consciente y explícita de planteamientos defendidos en el seno de *Law and Literature Studies*.

Lo anterior no significa que haya sido ignorado en nuestro país el nexo de unión entre el Derecho y la literatura. En particular, los estudios de Historia del Derecho español han mostrado siempre gran curiosidad por la literatura y la amplísima bibliografía que esta relación ha producido lo corrobora.<sup>6</sup> La presente tesis se mueve, sin embargo, en un universo conceptual distinto, más cercano a la filosofía del Derecho y a la crítica literaria que a este rastreo histórico de motivos jurídicos –abogados, juicios, instituciones jurídicas– en los clásicos de la literatura española.

Dar a conocer, despertar el interés y facilitar la recepción de un movimiento poco conocido en España y de amplia trascendencia en EEUU es uno de los propósitos de esta tesis. Merece una explicación el modo que se ha elegido para llevarlo a cabo.

Se ha renunciado a la posibilidad de esbozar una exposición general del movimiento y, en lugar de ello, se ha optado por realizar un estudio a fondo de dos de los autores de mayor influencia dentro de él. Esta elección se debe a la naturaleza heterogénea del movimiento, que avanza a golpe de estudios parciales y específicos, y que se no se deja reducir a un sistema de principios abstractos. Añadiré que esta fue, precisamente, mi propia experiencia al comienzo de la investigación. Mi intención, en un primer momento, fue la de ofrecer una introducción general del movimiento y de los principios que lo animan. Pero luego se me hizo evidente que sólo por medio del estudio detallado de los autores que lo integran, de lo que hacían con los textos y de lo que decían de ellos, sería posible comprender verdaderamente la profundidad de las razones, las

---

<sup>6</sup> Me estaría refiriendo a estudios como, por ejemplo, los de Mariano de Hinojosa, *El Derecho en el poema del Cid* (1903), Castán Vazquez, “El Derecho matrimonial en las obras de Cervantes”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Nº 35, 2005, o Victor Celemín Santos: *El Derecho en la literatura medieval*, Boch, Barcelona, 1996. El artículo de Faustino Martínez Martínez, “Derecho común y literatura: dos ejemplos de los siglos XVI y XVII”, *Anuario mexicano de Historia del Derecho*, XVII, 2005, reúne una extensa bibliografía sobre los estudios relativos a la presencia del Derecho en la historia de la literatura española.

nuevas perspectivas y las enseñanzas suministradas por *Law and Literature Studies*. Y es esta experiencia personal la que me ha decidido a centrar la tesis en dos de sus principales nombres en lugar de intentar una exposición abstracta, despersonalizada y sistemática del movimiento que no haría justicia a su verdadera naturaleza.

La elección de estos dos concretos nombres merece también ser justificada. Ambos reunían una serie de condiciones que convenía tenerse en cuenta. Por ejemplo, a diferencia de otros muchos que han escrito sobre la materia, cuentan con un amplio conocimiento y una dilatada experiencia tanto en el ámbito del Derecho como en el de la literatura: los dos tienen formación literaria y jurídica, han sido profesores universitarios de ambas disciplinas y han ejercido la abogacía. Además, sus trabajos en este campo se sitúan en el punto de partida del movimiento y lo han impulsado y vertebrado desde su constitución hasta nuestros días.<sup>7</sup> Asimismo, sus investigaciones en este campo han sido calificadas por diversos especialistas como las propuestas más representativas de cada una de las dos corrientes que conforman el movimiento: la de James Boyd White en el ámbito del Derecho *como* literatura y la de Richard Weisberg dentro de Derecho *en* la literatura.<sup>8</sup> Dado este carácter representativo de

---

<sup>7</sup> La obra de James Boyd White, *The Legal imagination*, The University of Chicago Press, 1973, es citada por muchos autores como el punto de partida del movimiento. Ver, por ejemplo: Carla Farelli, *La Filosofía del Derecho contemporánea*, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid 2007, pág. 220, nota 218. C.R.B Dunlop, "Literature Studies in Law Schools", *op. cit.*, pág.63. Los primeros trabajos de Richard Weisberg datan también de los años setenta: "Comparative Law in Comparative Literature: The Examining Magistrate in Dostoyevski and Camus", 29 *Rutgers L. Rev.* 237 (1976); Este autor fue el primer presidente y gran impulsor del *Law and Humanities Institute* una asociación sin ánimo de lucro fundada en 1978 bajo el liderazgo de Allen Smith para la promoción de estudios interdisciplinarios entre el Derecho y la humanidades. Ver en <http://lawlit.blogspot.com>

<sup>8</sup> Sobre el papel de Weisberg como referente de esta línea del movimiento ver, por ejemplo, Carla Farelli, *La Filosofía del Derecho contemporánea*, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Univesidad Complutense, Madrid 2007, pág. 218, nota 218. Jeanne Gaakeer, *Hope Springs Eternal*, Amsterdam University Press, 1998, págs. 21 y ss, En cuanto a la adscripción de White a *Law as Literature* y la importancia de este autor en esta línea del movimiento ver, por ejemplo, C.R.B Dunlop, "Literature Studies in Law Schools", *op. cit.*, pág. 66; Simon Petch "Law as Literature?", pág. 127, disponible en <http://openjournals.library.usyd.edu.au/index.php/sse/article/view/464>. Jeanne Gaakeer, *Hope Springs Eternal*, *op. cit.*, pág. 41, nota. 79.

los dos autores, un estudio centrado sólo en ellos, como el que realiza esta tesis, supone una vía privilegiada de acceso al conocimiento del movimiento y de sus tendencias principales. Con todo, hay materias, temas o cuestiones que conscientemente quedarán sin desarrollar. Se dejarán fuera, por ejemplo, las posiciones más posmodernas sobre crítica literaria aplicada al Derecho, como la sostenida por Stanley Fish, enmarcada también dentro de *Law and Literature Studies*. Como se intentará mostrar a lo largo de la tesis, las propuestas de Weisberg y de White son, en buena parte, una reacción precisamente a quienes mantienen estas posturas más postmodernas y en especial a la que defiende Fish.<sup>9</sup>

Presentado el tema de la tesis, su objetivo y explicado el por qué ha tratado de cumplirse a través de un estudio de dos integrantes de *Law and literatura Studies* y el que éstos sean precisamente James Boyd White y Richard Weisberg, a continuación se procederá a razonar la forma empleada para su exposición.

Para los dos autores se ha utilizado una misma estructura que consta de dos partes básicas: presupuestos y *syllabus*.

Los presupuestos ofrecen el marco teórico en el que se sitúa el autor en cuestión. Contienen los elementos que sirven para aclarar, justificar y hacer más comprensible la segunda parte de esta estructura denominada *syllabus*, la cual, por su parte, recoge una selección cuidadosamente organizada del trabajo específico que lleva a cabo cada autor con los textos literarios que analiza. En este apartado puede apreciarse cuáles son estos textos, los diferentes aspectos hacia los que en su lectura dirigen la atención, las enseñanzas que esta actividad puede

---

<sup>9</sup> No quedan reflejadas tampoco las perspectivas feministas sobre “Derecho y Literatura”. Tammy R. Pettinato en “An Anotated Bibliography of Law Review Articles Adressing Feminist on “law in Literature”, 99 *Law Library Journal*, 55 (2007), recoge un conjunto de artículos sobre el “Derecho en la literatura” desde esta perspectiva. Tampoco entra en las principales críticas hacia White y Weisberg y en los debates generados por ellas. Ver, por ejemplo, Richard Posner, “Law and Literature: A Relation Reargued” *Virginia Law Review*, 72 (1986), págs. 1351-1392 y *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, 1988.

reportar a los abogados y jueces así como los objetivos que se persiguen con ello.

Una de las razones por las que se ha considerado idónea la utilización de esta estructura es que permite construir una visión de conjunto simétrica y comparada de la obra de White y de Weisberg a través de dos perspectivas: una primera parte más teórica, que se refiere al por qué y el para qué de Derecho y literatura, es decir, al conjunto de “presupuestos” que preparan la comprensión de la segunda, el *syllabus*, de naturaleza más práctica. Y esta influencia va también en sentido contrario, es decir, los presupuestos que justificarían el modelo de crítica propuesto en la segunda parte se harían, a su vez, más fácilmente intuibles a través de lo concreto de los ejemplos ofrecidos en los *syllabus*. Estas dos partes actuarían una sobre otra creando un círculo hermenéutico que favorece la comprensión.

En efecto, es a través del análisis de diferentes textos literarios como estos autores proponen su método de crítica. En cada uno de sus artículos y libros varían los textos estudiados, los aspectos hacia los que dirigen la atención y las enseñanzas que de ellos se pueden extraer. Para hacerse cargo del modelo en su conjunto se hace necesaria una presentación integradora de todos estos elementos. Esta es la razón de ser de los citados *syllabus*. En suma, en ellos se habría tratado de proporcionar, de forma ordenada, una visión completa de dicho modelo de crítica. Todo ello precedido por el marco teórico expuesto en los presupuestos donde esos análisis parciales encuentran su fundamento teórico.

El movimiento ha producido una bibliografía ingente pero este es el momento de destacar que, por desgracia, no hay disponible una bibliografía secundaria apropiada a los objetivos de esta tesis, tal como han sido definidos arriba. Esta circunstancia ha representado una dificultad añadida porque ha obligado a trabajar directamente con los

textos originales de los autores sin la asistencia de una bien establecida investigación previa sobre la materia en la que cómodamente apoyarse.<sup>10</sup>

La estructura de la tesis responde también al deseo de dotarla a ella misma, en su condición de texto, de dos de las propiedades que, según White, un buen texto deber reunir: honestidad y fidelidad.

La aplicación del criterio de “honestidad” a la tesis ha de ser entendido como el esfuerzo que se ha realizado en ella por mostrar de manera transparente el proceso por el que se ha llegado a unas determinadas conclusiones. Para ello se ha proporcionado de forma abierta y amplia un conjunto de datos teóricos y prácticos de cada autor organizados en una idéntica estructura. El capítulo final de “Conclusiones” presenta un cuadro de las similitudes y diferencias que emergen de la comparación de estas dos estructuras simétricas. De esta forma, se está concediendo al lector los elementos suficientes para enjuiciar no sólo dichas conclusiones sino también el propio trabajo llevado a cabo con cada uno de los autores. Los *syllabus* son una construcción ordenada de las lecturas que estos autores practican de textos literarios y de las distintas enseñanzas que éstas podrían reportar a los abogados y jueces mientras que, por su parte, los presupuestos conforman el marco teórico que justificaría lo anterior: si se ha elegido esta forma de exposición es para que resulte fácil comprobar si lo primero se confirma en lo segundo y viceversa.

La tesis interroga a los dos autores a fin de que contesten a las preguntas formuladas al inicio de esta introducción. Una selección de la pluralidad de temas que ellos tocan es aquí inevitable y en toda selección de temas hay un peligro de deslealtad al autor. Por eso el criterio de “fidelidad” ha guiado la redacción de esta tesis a fin de que la visión y el

---

<sup>10</sup> Existe una abundante bibliografía sobre el movimiento en general (cfr. nota 1) así como estudios que abordan de forma aislada aspectos específicos tratados por cada uno de los autores. Sin embargo, no he encontrado una bibliografía que se adaptase bien al estudio comparado de ambos autores, a la estructura empleada y a los temas escogidos, y que en consecuencia me fuera útil para el objetivo fijado para esta tesis. No obstante, cuando existe, se ofrecen referencias a la bibliografía disponible sobre algunas de las materias que se tratan.

espíritu de los autores sean siempre reconocidos y brillen con luz propia. Asistiremos en la tesis a una tensión entre la necesaria fidelidad a sus ideas y la ambición de hacer algo nuevo con ellas.

Para un manejo adecuado de la citada tensión se ha considerado importante que se respete el auténtico objetivo que estos autores persiguen: el de crear un modelo de crítica que oriente a los abogados y jueces en las dificultades prácticas que inevitablemente les plantean sus tareas fundamentales de leer y escribir los textos de Derecho y que ayude a darles vida ante las distintas circunstancias que se les presentan en cada caso. Por tanto, se ha excluido intencionadamente, por considerarlo contrario a esta finalidad, el estudio de la influencia en estos autores de las corrientes filosóficas, jurídicas, culturales o de crítica literaria. Aunque todas estas cuestiones son relevantes y, por tanto, su análisis podría ser objeto de otra tesis doctoral, su tratamiento en ésta hubiera sido un acto de infidelidad a los autores.<sup>11</sup> Tanto Weisberg como White han evitado, deliberadamente, participar en los debates doctrinales del momento al ser una percepción común de ambos la de que el movimiento *Law and Literature Studies* necesitaba crítica literaria práctica mucho antes que especulaciones teóricas. Y es esta, también, la conclusión a la que llegué tras aplicar a sus obras una de las preguntas que White se formula cuando se interroga sobre el significado de un texto literario: *¿A qué vida invita este texto?* Pues bien, con esta tesis no se ha querido hacer algo a lo que los textos de los dos autores no invitaban y por ello se ha evitado la

---

<sup>11</sup> No obstante, para quien desee ampliar su conocimiento sobre el tema, se facilitan aquí algunas referencias bibliográficas básicas. Sobre el movimiento en general desde esta perspectiva más teórica ver, por ejemplo: Brook Thomas, "Reflections on the Law and Literature Revival", *Critical Inquiry*, 17, 1991, págs. 511-539; Ian Ward, *Law and Literature*, *op. cit.*, págs. 3-56; y Julie Stone Peters, "Law, Literature and the Vanishing Real: On the Future of an Interdisciplinary Illusion", 120 *Modern Language Association*, 443 (2005). El libro de Jeanne Gaakeer es un estudio de la obra de White desde un punto de vista diferente al adoptado en esta tesis. Con todo, es útil porque en él se proporciona una visión general de las diferentes perspectivas teóricas del movimiento y de los debates contemporáneos, tanto dentro del mismo como con otros movimientos rivales, como es el caso de *Law and Economics*. Richard Weisberg, en "Text into Theory: A literary Approach to the Constitution", *Georgia Law Review*, 20, 1986, págs. 940-994, trata los orígenes intelectuales del movimiento y lo relaciona con las diferentes corrientes filosóficas y de teoría literaria.



tentación de enredarse en debates puramente especulativos, alejados de su aplicación práctica.

Al final de esta introducción deseo señalar que los dos autores elegidos, pese a las diferencias que los separan, como representantes destacados que son de un mismo movimiento, convergen en un idéntico propósito: el de orientar el Derecho hacia lo literario. El acercamiento del Derecho a los dominios de la literatura ilumina una concepción del Derecho, intensamente humanística, alternativa a la de corte positivista, normativista y economicista dominante durante tanto tiempo.

White y Weisberg, en efecto, comparten una misma conciencia de lo inadecuado y lo insuficiente de un modelo positivista del Derecho y reaccionan frente al exceso de confianza que el Derecho de principios de los años setenta estaba depositando en las ciencias sociales y económicas y, especialmente, frente a la enorme influencia que comenzó a adquirir el movimiento *Law and economics*. Denuncian los riesgos de trivialización de la experiencia humana, los peligros para el Derecho y para la democracia de una presencia excesiva y generalizada, desconocedora de sus límites, de estos métodos científicos. Las ciencias precisan para funcionar de una imagen necesariamente reducida y simplificada del ser humano, requieren una respuesta impersonal privada de todo juicio de valor del abogado y el juez y prescinden del conjunto de textos, acuerdos y tradiciones que configuran el Derecho.

Frente a ello, la aproximación del Derecho a lo literario que estos dos autores promueven significa, en primer lugar, que el Derecho deja de ser considerado, principalmente, como una estructura estática de normas elaboradas en un lenguaje conceptual que exige del abogado y del juez una respuesta neutral y una argumentación basada en la aplicación de la lógica formal a partir de la norma. El Derecho, desde esta otra perspectiva literaria, no será visto como una disciplina autónoma y autosuficiente sino como un lenguaje más que se integra en los lenguajes de la cultura, que necesariamente participa de ellos y que a la vez contribuye a conformarlos (para bien o para mal). En consecuencia, el énfasis se situaría en el carácter activo y no estático del Derecho: no en las leyes mismas sino en

lo que los intérpretes, abogados y jueces hacen de ellas, es decir, en ese momento en el que la letra inanimada de los textos del Derecho cobra vida. Es por ello por lo que ambos autores reivindican que la formación en esta disciplina se dirija, precisamente, hacia ese momento central en el que el Derecho impacta con la realidad. Es entonces cuando se exige del abogado y del juez observar los hechos, prestarles un significado integrándolos en una narración –de alguna manera siempre literaria- y traducirlos al lenguaje del Derecho. De ahí la necesidad, sentida por ambos, de ciertas habilidades literarias y de un tipo de conocimiento y aprendizaje que emparentan con lo que hace y debe saber un escritor o un crítico, y que se asemejan más a un arte que a una ciencia.

La pregunta que ambos se plantean es: ¿cómo hacer esto *bien*?

Tanto Weisberg como White se esfuerzan por enseñar este arte a abogados y jueces, pero divergen en qué consiste hacer estas tareas “bien”, como se mostrará en la tesis. Estas diferencias tienen sus consecuencias en la elección por cada uno de ellos de los textos literarios así como en la forma de analizarlos. Con todo, los dos comparten el convencimiento de que con este tipo de educación liberal a través de la literatura, que trasciende lo jurídico, se confiere una mayor dignidad al individuo al que se aplica la ley, a la tarea del abogado y del juez, y al Derecho mismo.

Honestidad en la exposición, ser fiel a los autores a la vez que hacer algo nuevo con ellos, respeto a la libertad y la autonomía del lector y la invitación a un determinado tipo de vida: he aquí algunos de los criterios de la crítica literaria que estos autores proponen. Esta tesis ha intentado no sólo hablar de ellos sino también ponerlos en práctica.

No quisiera terminar esta introducción sin expresar mi gratitud al departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense y especialmente a su director, el profesor Iturmendi Morales, por haberme facilitado la realización y la conclusión de esta tesis doctoral. Ésta le debe más de lo que puedo expresar a la dirección que con tanta generosidad de tiempo, rigor, profesionalidad y entusiasmo ha desempeñado durante estos años la profesora Durán Lalaguna. De ella recibí la confianza que me hizo perseverar y la orientación para superar las incertidumbres e inseguridades propias de una tarea intelectual de esta naturaleza.

Siento deuda de gratitud hacia otras muchas personas que de diferente manera me han acompañado y dado aliento durante los años que ha durado esta investigación. Resulta imposible referirme ahora a todas ellas, pero me agrada nombrar, en particular, a la profesora Lopez Díez, por el interés que ha mostrado por mi trabajo y las conversaciones que hemos mantenido, siempre tan iluminadoras para mí. A Clara Aubá por su colaboración en la búsqueda de documentación y a Manuel Cirujano en la de la edición del texto. Agradezco, por último, a Isabel Nieves el haber cuidado de mí y de mi familia.

Es a ella, a mi familia, a la que finalmente dedico esta tesis: a Javier, mi marido, y a nuestros cuatro hijos, José, Alfonso, Javier y Casilda. Mi esperanza es que la identificación con mi trabajo que inevitablemente han padecido por su estrecha convivencia con él, les llegue a reportar, al menos, un ligero soplo de orgullo.

**PARTE I:**  
**JAMES BOYD WHITE**  
**EL DERECHO COMO LITERATURA**



James Boyd White (1938) es profesor emérito de Derecho, profesor emérito de Inglés, profesor emérito adjunto de Estudios clásicos en la universidad de Michigan y *Chair* de la Michigan Society of Law. Cuenta con una amplia formación académica y desarrolló una activa vida profesional tanto en el ámbito del Derecho como en el de la literatura. Se graduó en estudios clásicos en el Amherest College, después obtuvo un M.A en literatura Inglesa en la Harvard Graduate School y más tarde un LLB de Harvard Law School. Tras graduarse en Derecho pasó dos años en Boston (Hoag & Eliot) ejerciendo la abogacía. Fue después cuando comenzó su carrera como profesor de Derecho en la universidad de Colorado. Fue *Governor* del Chicago Council of Lawyers y es miembro de “The American Law institute” y “The American Academy of Arts and Sciences”. Recibió becas de investigación de la Guggenheim Foundation y National Endowments for the Humanities.

Dedicó gran parte de su vida académica a investigar sobre “Derecho y literatura”. Publicó numerosos artículos, algunos de los cuales han sido reunidos en monografías. Entre sus libros más destacados dedicados a esta materia cabría señalar: *The Legal Imagination* (1973),<sup>12</sup> considerado por muchos el punto de partida del movimiento;<sup>13</sup> *When Words Lose their Meaning* (1984);<sup>14</sup> *Heracle’s Bow* (1985);<sup>15</sup> *Law as Translation* (1990);<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, The University of Chicago Press, 1973.

<sup>13</sup> Ver por ejemplo: Richard Weisberg, “Coming of Age of Some More”: “law and Literature” Beyond the Cradle”, 23 *Nova Law Review*, 111 (1988); C. Dunlop, “Literature Studies in Law Schools”, 3 *Cardozo Studies in Law and Literature*, 63 (1991), 63.

<sup>14</sup> James Boyd White, *When Words Lose their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*, The University of Chicago Press, 1984.

<sup>15</sup> James Boyd White, *Heracle’s Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, University of Chicago Press, 1990.

<sup>16</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, The University of Chicago Press, 1990.

*Acts of Hope* (1994);<sup>17</sup> *From Expectation to Experience* (1999);<sup>18</sup> *The Edge of Meaning* (2001)<sup>19</sup> y *Living Speech* (2006).<sup>20</sup>

El trabajo que este autor lleva a cabo en el campo del “Derecho y la literatura” podría decirse que, en cierta medida, busca restablecer una antigua conexión entre estas dos disciplinas y, con ello, hacer de nuevo consciente en la mente de los abogados una tradición olvidada ya, por diferentes motivos, en los tiempos en que comenzó a escribir sobre estas cuestiones.<sup>21</sup> White explica que al principio de sus investigaciones una misma pregunta le era formulada, en repetidas ocasiones, por personas que profesaban en cada una de estas disciplinas. La pregunta era:

“¿Qué puede tener que ver el Derecho con la literatura?”<sup>22</sup>

Esta pregunta recurrente era por sí misma reveladora de la desconexión y el distanciamiento que reinaba entre el Derecho y la literatura y llevaba implícita, según White, una inadecuada concepción de las dos disciplinas.

Para comprender la propuesta de “Derecho y Literatura” de este autor sería conveniente saber primero qué de inadecuado ve White en la concepción de ambas disciplinas, así como su idea de qué son en realidad

---

<sup>17</sup> James Boyd White, *Acts of Hope: Creating Authority in Literature, Law and Politics*, The University of Chicago Press, 1994.

<sup>18</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience: Essays on Law and Legal Education*, The University of Michigan Press, 1999.

<sup>19</sup> James Boyd White, *The Edge of Meaning*, The University of Chicago Press, 2001.

<sup>20</sup> James Boyd White, *Living Speech: Resisting the Empire of Force*, Princeton University Press, 2006. Es destacable también la colaboración del autor en dos libros colectivos: *Ordinary Language and Legal Language*, “Translation as a Way of Understanding the Language of Law”, Giuffrè Editore, 2005, págs. 61-81 y H. Jefferson Powel and James Boyd White *Law and Democracy in the Empire of Force*, “Law, Economics and Torture”, The University of Michigan Press, 2009, págs. 265-284.

<sup>21</sup> El primer libro de White sobre Derecho y literatura es *The Legal Imagination*, *op. cit.*, de 1973. Ver James Boyd White, “The Cultural Background of the Legal Imagination”, *Forthcoming*, Options for Teaching Literature and Law (A. Sarat, C. Frank and –m. Anderson, EDS) Modern Language Asociaton, 2011.

<sup>22</sup> James Boyd White, “The Cultural Background of the *Legal Imagination*”, *op. cit.*, pág. 6.

o qué deberían ser cada una de ellas para que una pregunta así no tuviera lugar.

Como se explicará a continuación, parte del error que detecta este autor en la manera de entender el Derecho que subyace a ese interrogante es que se trata de una visión de esta disciplina en la que se prescinde de dos realidades: la verdadera naturaleza del lenguaje y la radical incertidumbre que se deriva de ella. White, por el contrario, defiende una idea del Derecho que tiene en cuenta estas dos cuestiones, lo cual significa que es una forma de entenderlo, practicarlo y enseñarlo que se ajusta o expresa más lo que realmente se hace cuando se hace Derecho. Ello conduce, como se verá, a iluminar y dirigir la atención hacia aspectos del Derecho y su práctica que, según denuncia el autor, no se tienen suficientemente en cuenta, y que son, precisamente, los que justifican la idoneidad de la utilización de la literatura en la enseñanza del Derecho.

White aporta una visión personal<sup>23</sup> del nexo que une el Derecho y la literatura así como de los beneficios que este vínculo puede reportar especialmente al primero. Sin embargo, como se ha mencionado al principio, esto no es algo nuevo del todo, sino la restauración de una unión del pasado que se presenta como singularmente oportuna para afrontar los problemas más importantes que al Derecho y la democracia

---

<sup>23</sup> Es constante la insistencia de White en señalar lo mucho que ha influido en sus trabajos sobre Derecho y Literatura su propia experiencia en ambos campos: su propia formación, su posterior actividad profesional y sus lecturas. Esto es lo que él ofrece, al tratarse, en su opinión, de lo único y de más valor que él y toda persona puede enseñar. Ver, por ejemplo: James Boyd White, *When Words Lose their Meaning*, op. cit., Prefacio; James Boyd White, *Heracle's Bow*, op. cit., pág. 166 y ss; James Boyd White, "The Cultural Background of The *Legal Imagination*", op. cit., págs. 7-9. White señala que esto es, en cierto modo, lo que han hecho y hacen todos los que han escrito en Derecho y literatura y una de las causas de la divergencia de posturas dentro del movimiento, una circunstancia que White aprueba y celebra cuando afirma que en Derecho y Literatura "*There should be no Manifesto*", ver en James Boyd White, *From Expectation to Experience*, op. cit., págs. 57 y ss. Según indica el autor en *Ibid* y como ya se ha hecho alusión en la introducción, esta variedad de perspectivas puede ser bien apreciada en: "Symposium Law and Literature", op. cit.



se le presentan a finales del siglo XX,<sup>24</sup> según el diagnóstico que hace el autor.

Todas estas ideas, que han sido expresadas de forma resumida y abstracta, van a ser a continuación desglosadas y explicadas bajo la denominación de “presupuestos”. Se ha considerado que éstos conforman el preámbulo que podría justificar la relación que White establece entre el Derecho y la literatura, que hace comprensible las enseñanzas que el abogado y el juez pueden y deben extraer de la literatura y que explica la selección de textos literarios realizada por el autor así como el método de lectura empleado en ellos.

---

<sup>24</sup> Ver, especialmente, James Boyd White, *Living Speech*, *op. cit.*

---

## Sección 1: Presupuestos

---

### I. Las condiciones de nuestra existencia: el lenguaje literario y la incertidumbre. Su consideración en el Derecho

#### 1. El lenguaje científico y conceptual vs. el lenguaje literario

White identifica como una de las causas que habrían llevado a los académicos del Derecho a preguntarle qué podría tener que ver su disciplina con la literatura, la presencia excesiva que el autor observa del lenguaje conceptual y científico en el mundo público, académico y cultural, un fenómeno al que el Derecho no escaparía.<sup>25</sup> Las ciencias sociales de tipo positivista requieren para operar que el lector y el escritor conciban su lenguaje como neutral, como uno que describe sin distorsión lo que está fuera en el mundo y, al igual que en el discurso conceptual, presupone que sus palabras son entidades diferenciadas, definibles y, por tanto, sus significados objetivos.<sup>26</sup> El autor cuestiona que sea adecuada y correcta la generalización de esta clase de lenguaje.

Y es que White, que pertenece al giro lingüístico, se acerca, contrariamente, a las posiciones de Wittgenstein relativas al lenguaje ordinario.<sup>27</sup> Éstas suponen una forma de pensar en el lenguaje que es la que nace de nuestra experiencia de la vida ordinaria y de la literatura.<sup>28</sup> Desde esta perspectiva, las palabras mismas no tendrían un significado propio y neutral que permanece inalterable a los diferentes usos que

---

<sup>25</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, op. cit., pág. 23-86.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ver en Gaaker, A. M. P. *Hope Springs Eternal : An Introduction to the Work of James Boyd White*, op. cit., pág. 48.

<sup>28</sup> James Boyd White, *Acts of Hope*, op. cit. pág. 150 y James Boyd White, *Justice as Translation*, op. cit., pág. 40.

pueda hacerse de ellas, sino que éste sería siempre dependiente de las frases y expresiones en que las palabras se encuentren, así como del contexto lingüístico, intelectual, social y cultural al que pertenezcan. Según esta forma de entender el lenguaje, las palabras no tendrían ni siquiera un mismo significado para todas las personas que las usan. White señala, en este sentido, que aunque cada uno de nosotros aprendemos nuestros lenguajes en gran parte por imitación, actuando por un sentido de lo que es apropiado a cada situación, siempre hay una dimensión del significado que es irremediabilmente personal, que deriva de una experiencia del lenguaje y de la vida que difiere en cada uno de nosotros.<sup>29</sup>

El lenguaje no sería, entonces, para White, un mero instrumento de elaboración conceptual o de simple intercambio de información sino algo mucho más rico y complejo. Se trataría de un material vivo con el que construir el significado de nuestras vidas individuales y colectivas y donde, además, se encuentran implícitos los términos de descripción, los motivos y los valores que hacen de cada cultura lo que es. Cada uno de los seres humanos, a su vez, estaría formado por los lenguajes que hereda y utiliza, ya que es a través de los mismos como se va conformando en ellos su forma de ver el mundo y sus sentimientos hacia él.<sup>30</sup> El lenguaje denota entonces una concepción del mundo y forma quiénes somos, determinando nuestra manera de observar y construir el mundo. Y todo ello en un proceso activo y no estático en la medida en que, los seres humanos estamos continuamente rehaciendo el lenguaje a través del uso particular que hacemos del mismo. Cada vez que hablamos o escribimos, en grados diferentes y de una forma más o menos expresa, contribuimos siempre a crear nuevos significados.<sup>31</sup> Desde este punto de vista, White señala que lo que hace diferente realmente a unas culturas de otras y a los

---

<sup>29</sup> *Ibid*, pág. 34.

<sup>30</sup> *Ibid*, pág. 23.

<sup>31</sup> Ver por ejemplo: James Boyd White, "Thinking about our Language" 96 *The Yale Law Journal*, (1986-1987), págs. 1962 y ss.

individuos como sujetos con culturas, son nuestros lenguajes y nuestras diferentes maneras de dar significado a la experiencia.<sup>32</sup>

White admite que en determinados momentos el discurso conceptual y científico es útil y necesario pero considera que no debería ser concebido como el modelo de todo lenguaje sino, más bien, como un tipo especial del mismo cuya utilización ha de ser siempre explicada y justificada. El motivo es que es un lenguaje que al ignorar o no considerar la verdadera complejidad que hay detrás de él, las diferentes culturas y experiencias personales, las tensiones irresolubles que forman parte de nuestra vida, la generalización de su uso podría tener como consecuencia la imposición de una sola forma de ver el mundo. Se trataría, entonces, para White, de un tipo de discurso reductivo que no da cabida a muchas realidades de nuestra experiencia. Es necesario que se tome conciencia de esto, ya que el depositar un exceso de confianza en él podría conducir a una reducción de la imagen del mundo a las categorías rígidas que este tipo de lenguaje requiere.<sup>33</sup>

A diferencia del lenguaje conceptual, el pensar de la manera en que White lo hace en el lenguaje, supondría, como se ha dicho, que nuestros propósitos y maneras de ver la realidad no tienen un origen prelingüístico, sino que nos vienen dados por el lenguaje que utilizamos. De igual manera los significados de nuestro mundo no serían entonces rígidos y predeterminados sino que estarían contruidos por nosotros que, en parte, los heredamos y, en parte, los reconstruimos a través de nuestro uso del lenguaje, por lo que resultan siempre provisionales y están sometidos a una constante revisión. En este sentido estaríamos siempre haciendo y rehaciendo nuestra cultura.<sup>34</sup>

White, como se verá, con “Derecho y Literatura” estaría proponiendo no sólo reconocer esta manera de entender el lenguaje en el

---

<sup>32</sup> James Boyd White, *Heracle's Bow*, op. cit., pág. 127.

<sup>33</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, op. cit., Introducción.

<sup>34</sup> James Boyd White, *Heracle's Bow*, op. cit., pág. 128.

Derecho sino, también, que este hecho sea bien admitido y, para ello, investiga sobre los posibles beneficios que podría reportar al Derecho y a su función de hacer justicia.<sup>35</sup>

## 2. El anhelo de certeza o aprender a vivir en la incertidumbre

El anhelo de certeza característico de los métodos científicos cuando se aplica a cuestiones como la justicia, la ética y sobre nuestras vidas sociales y prácticas resulta para White falso y poco adecuado, al no estar en concordancia con la naturaleza de este mundo y con nuestra experiencia a través del lenguaje.<sup>36</sup> En su opinión, una actuación racional cuando se tratan materias como éstas, sería la de asumir, en primer lugar, la radical incertidumbre de la existencia humana, una presunción que conduciría a una forma de proceder diferente de la de los métodos científicos: “por prueba y error, con una constante presión hacia la franqueza, a reconocer la necesidad de comunidad y cooperación para la definición y logro de nuestros fines, a considerar que un propósito de nuestras vidas es la transformación de nuestras propias percepciones, deseos y de nosotros mismos y a considerar, como un imperativo intelectual fundamental, la integración de todo lo que podemos percibir, de todo lo que somos, en un todo con sentido”.<sup>37</sup> A diferencia de lo que sucedería en el discurso científico y conceptual, la tolerancia de la ambivalencia, por ejemplo, se manifestaría como un rasgo importante de madurez intelectual, algo que sólo es posible en el lenguaje literario: los grandes artistas muchas veces enseñan que la comprensión de tendencias contrarias y el enfrentarnos a tensiones no resueltas es una parte esencial

---

<sup>35</sup> *Ibid*, págs. 125-128. Ver, también, por ejemplo en James Boyd White, *The Edge of Meaning*, *op. cit.*, págs. 2 y ss. En James Boyd White, *From Expectation to experience*, *op. cit.*, pág. 58, White cita a John Cole y Peter Teachout quienes en sus respectivos artículos “Thoughts from the Land And” y “Chicago Exposition: The New American Jurisprudential Writing as a Cultural Literature” se centran en las diferencias entre el lenguaje teórico y el literario, afirmando ambos, como señala el autor que él mismo haría, que la afinidad natural del Derecho es con lo literario – con lo poético, con el mundo incierto del lenguaje ordinario- no con lo abstracto, conceptual y teórico.

<sup>36</sup> James Boyd White, *Justice as translation*, *op.cit.*, pág. 40.

<sup>37</sup> James Boyd White, *Heracle’s Bow*, *op. cit.*, pág. 25.

del arte de vivir y se trata de algo difícilmente resumible o conceptualizable. Este es el motivo por el que el poema, el drama o la novela no pueden ser del todo representados en un resumen, porque al hacerlo se estaría hablando con una confianza y una sola voz que el poema mismo cuestiona.<sup>38</sup>

La racionalidad no consistiría en la manipulación o explicación de conceptos, que tienen una realidad o fuerza extra lingüística, sino en usar las palabras bien en concordancia con la realidad, lo cual supone, para White, entre otras cosas, asumir los límites del lenguaje y de nuestras propias mentes así como la naturaleza y contingencia de las convicciones con las que funcionamos. Un lenguaje adecuado para la razón y para la justicia sería el que acepta las condiciones literarias en las que vivimos y asume, por tanto, que todo lo que decimos, todo lo que somos, se debe en parte al contexto en el que vivimos, siempre imperfectamente percibido y en permanente cambio.<sup>39</sup>

No es a la búsqueda de certezas, entonces, a lo que deba aspirarse, ya que sería un objetivo inalcanzable en estas circunstancias, sino a aprender a vivir en la incertidumbre.<sup>40</sup> Por ello White, frente a la tendencia que percibe por aislar el Derecho de todo contexto para su estudio científico, orientando todo el esfuerzo a establecer clasificaciones o categorías que sirvan para describir y predecir el fenómeno jurídico de una forma científica y neutral en cuanto a valores, propone verlo como una actividad más del lenguaje a través de la cual la sociedad y la cultura se hacen a sí mismas, constituidor de ellas pero a la vez constituido por

---

<sup>38</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, op. cit., pág. 33; James Boyd White, *Heracle's Bow*, op. cit., pág. 124.

<sup>39</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, op. cit., pág. 40. Es para White precisamente esta asunción la que permite el desarrollo y evolución del Derecho. El constante proceso de transformación que en él se lleva a cabo es debido a que sus términos capitales son redefinidos cada vez que son usados en contextos nuevos, siendo los juristas los únicos responsables de cada una de estas nuevas transformaciones. Ver en *Ibid*, pág. 27.

<sup>40</sup> White muestra entre otros los diálogos de Platón como un lenguaje que claramente expresa esto. Ver James Boyd White, *The Edge of Meaning*, op. cit., págs. 132-185.

ellas.<sup>41</sup> Es así cómo el autor entiende que el Derecho puede ser más adecuadamente comprendido y, por tanto, interpretado y criticado, siendo entonces a la comunidad, a la sociedad y a la cultura a lo que debe mirarse para entender los propósitos de la legislación, el verdadero significado de las decisiones judiciales, de las frases y las palabras en el discurso legal.<sup>42</sup>

White querría romper con ello la tendencia, que advierte en los juristas como intelectuales modernos, a considerar que las preguntas o cuestiones fácticas son las más seguras y que todo juicio, evaluación o crítica es mucho más peligroso, ya que éstos se basan, inevitablemente, en valores los cuales son, como señala White que pretende mucha de nuestra ideología académica actual, inherentemente sospechosos, subjetivos o personales.<sup>43</sup> La exclusión, característica del discurso científico, de los juicios de valor al considerarlos preferencias y, por tanto, fuera de lo racional y su confianza exclusiva en lo fáctico es para White poco deseable e imposible, especialmente cuando hablamos de Derecho y de las cuestiones que éste aborda.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> James Boyd White, "Is Cultural Criticism Possible?" 84 *Michigan Law Review* 1373 (1986) pág. 1374.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*, pág. 1375.

<sup>44</sup> La imposibilidad de eliminar el juicio valorativo en el Derecho se aborda con mayor detenimiento a continuación en el epígrafe dedicado a la actividad de los abogados y los jueces. En él se sacan a la luz determinados aspectos de su trabajo que, según White, han quedado oscurecidos o no han recibido suficiente atención pero que sin embargo, serían reveladores de la constante necesidad de crítica o juicio en las diferentes actividades que aquéllos llevan a cabo. Podría decirse que eludirlos es ignorar una parte importante de sus tareas, para White, las que precisamente hacen del trabajo de los abogados uno de los más apasionantes y estimulantes intelectualmente. Ver en James Boyd White, "An Old-Fashioned View of the Nature of the Law" forthcoming in *Theoretical Inquiries in Law* (2010 Cegla Lecture in Legal Theory at the University of Tel Aviv), pág. 397 y ss. Es a estos aspectos a los que el autor considera que debe dirigirse el esfuerzo formativo, el cual, como se verá, precisaría para ello de un nuevo método, el de las humanidades.

### **3. El Derecho como actividad retórica e intelectual con la que construir significados a través del lenguaje versus el Derecho como una estructura de normas o política.**

El Derecho,<sup>45</sup> como trata de resaltar nuestro autor,<sup>46</sup> no es un campo en el que exista una claridad autoritaria ni un sistema que funcione él mismo automáticamente sino, más bien, un mundo abierto, de profunda tensión, incertidumbre y argumentación, en el que las razones no son armónicas sino que se oponen unas a otras y, por tanto, de continuo aprendizaje y creación donde, entonces, lo verdaderamente importante del abogado y del juez es su capacidad para dar sentido o significado al inmenso cuerpo de material que reúne un caso.

White señala que él recibió su educación jurídica desde esta perspectiva. El objetivo de las facultades de Derecho en sus tiempos de estudiante era, según el propio autor indica, que el alumno aprendiera a “pensar como un abogado”, es decir, de la forma exploratoria, compleja, tentativa, abierta a alternativas, sutil y madura que requería su actividad. White puntualiza que aprender a pensar bien era considerado un propósito correcto de una educación jurídica, algo que también percibió en su formación literaria, donde se le enseñó que pensar bien sobre los textos literarios, de forma literaria, podría ser el objeto de toda una vida.

En ambos casos era la “la calidad del pensamiento propio y de la expresión” el objetivo más importante. El autor señala que aunque ésta fue su experiencia en el aprendizaje del Derecho, sin embargo, no se llamaba la atención o no se hacía suficientemente consciente el hecho de que se trataba de una formación fundamentalmente literaria y retórica y, por tanto, con algo que aprender de otros artes, lenguajes y culturas.

---

<sup>45</sup> White clarifica que se refiere específicamente al Derecho norteamericano. Ver en “The Cultural Background of the *Legal Imagination*”, *op. cit.*, pág.13.

<sup>46</sup> *Ibid.*



Podría decirse que el autor con su propuesta de Derecho y literatura recupera la experiencia retórica y literaria del Derecho que le proporcionó su propia educación jurídica, pero ahora lo haría con la intención de hacer de este tipo de educación algo deliberado, situando el foco de atención en todo lo que este tipo de actividad retórica supone, haciendo de ello un asunto consciente y principal de la formación, lo cual tendría entonces, como consecuencia natural, el que nuestras expectativas de aprendizaje sobre estas cuestiones se dirijan hacia otros textos, otras disciplinas y artes en las que actividades similares se llevan a cabo.

White pretendería que esta realidad del Derecho se haga de nuevo consciente en las mentes de los abogados, algo que considera oportuno en unos tiempos en los que el discurso científico ha ganado terreno en el Derecho y en los que goza también de fuerza tanto una visión abstracta y conceptualizada de éste que tiende a reducirlo a un conjunto de normas, instituciones o estructuras,<sup>47</sup> como la de la que lo considera como parte de la burocracia o gobierno, siendo entonces el valor máximo la eficiencia, entendida como el logro de ciertos fines con el menor coste posible.<sup>48</sup>

Frente a estas tendencias en el Derecho, White pone el énfasis en aquellos aspectos de éste y de su práctica que todas ellas ignoran y que conducirían a verlo como un tipo actividad retórica a través de la cual, mediante un lenguaje literario y bajo condiciones de incertidumbre, se construyen significados en este mundo.<sup>49</sup> White precisa,<sup>50</sup> sin embargo, que para hablar de retórica resulta necesario primero definir este término, de

---

<sup>47</sup> James Boyd White, *Heracle's Bow*, op. cit., pág. 30. White cita como prueba de la fuerza de esta visión del Derecho el importante libro de Hart: *El concepto del Derecho*, el cual constituye un sofisticado análisis del Derecho en el que se distinguen y definen los distintos tipos y subtipos de normas.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> A esta actividad White la denomina "*Constitutive Rhetoric*" o "*Poetics of Community*" en *Heracle's Bow*, op. cit., Introducción y pág. 28, pero a la que no vuelve a referirse con este nombre en obras posteriores. Otra aproximación a la idea de *Constitutive Rhetoric* de White, en el contexto de otros autores y movimientos que otorgan un papel relevante a la cultura dentro del Derecho, puede verse en Menachem Mautner, "Three approaches to Law and Culture", 96 *Cornell Law Review*, 839 (2011).

<sup>50</sup> *Ibid*, págs. 21-32.

tal forma que deje de ser vista como una ciencia fracasada o el innoble arte de la persuasión sino como “el arte central por el que la cultura y la comunidad son establecidos, mantenidos y transformados”. Llega a afirmar que el Derecho podría considerarse una rama o especie dentro de ésta que tendría como su principal asunto la justicia.<sup>51</sup>

White explica que ésta fue su manera natural de ver el Derecho cuando comenzó a estudiarlo tras graduarse en literatura,<sup>52</sup> como una actividad de la mente y el lenguaje, una visión que, sin embargo, no era muy común entre los estudiantes nuevos quienes, más bien, tendían a pensar que el Derecho era simplemente un sistema de normas y su conocimiento y el saber donde encontrarlas lo que les convertiría en abogados. Para conseguir eliminar esta visión simplista del Derecho, las universidades americanas de su época de estudiante se esforzaban en mostrar cómo, en cada caso de Derecho, era posible hacer argumentos contrapuestos, todos ellos racionales, coherentes y con fuerza persuasiva sobre el significado de los hechos y del Derecho, en definitiva, en demostrarles que es en los problemas de “significado” en los que verdaderamente los abogados y los jueces invierten su tiempo.<sup>53</sup>

Otra de las tendencias en el Derecho a la que se ha hecho mención es la de considerarlo y enseñarlo como si fuera política. La cuestión política es, para White, legítima y los abogados, economistas, científicos sociales y filósofos morales así como la gente ordinaria pueden y deben hablar sobre ella. El autor discute, en cambio, que sea un aspecto esencial para los abogados y los jueces. Y ello porque el análisis político, según White, se interesa fundamentalmente por el contenido de las normas, asumiendo que el Derecho consiste en un conjunto de éstas que funcionan más o menos correctamente. Aunque es evidente que las

---

<sup>51</sup> *Ibid*, Introducción.

<sup>52</sup> *Ibid*, págs. 166 y ss; James Boyd White, *When Words Lose their Meaning*, *op. cit.*, Prefacio; James Boyd White, “An Old-Fashioned View of the Nature of Law”, *op. cit.*, págs. 382 y ss.

<sup>53</sup> James Boyd White, “The Cultural Background of the *Legal Imagination*”, *op. cit.*, págs. 11-12; James Boyd White, “An Old Fashioned View of the Nature of Law”, *op. cit.*, págs. 397 y ss.

normas existen y que sirven para guiar la conducta y las expectativas generales, no es, sin embargo, para el autor, el nivel fundamental en el que los jueces y los abogados trabajan. Éstos son requeridos cuando hay un problema o dificultad, un momento en el que las normas colisionan con la realidad o unas con otras. Por decirlo de otra manera, “los abogados y los jueces no se ocupan de las normas como tales, como si formaran un sistema conceptual separado, sino de lo que ocurre cuando ese lenguaje abstracto y el resto del lenguaje autoritativo del Derecho se encuentran con el mundo”.<sup>54</sup>

Jueces y abogados tienen que trabajar sobre lo particular de un caso y hacerlo a la luz de la estructura de leyes, principios, costumbres y precedentes argumentablemente relevantes y autoritativos. Todo ello forma una estructura que no constituye un sistema conceptual coherente, sino que requiere de un procedimiento retórico que está marcado por profundas e inestables tensiones, las cuales, no pueden ser resueltas mediante un sistema de normas o directrices,<sup>55</sup> sino que tendrán que resolverse en cada caso, a la luz de las particularidades que cada uno presente. El abogado y el juez no trabajan simplemente en el nivel de alta generalidad que le marca la norma, ni sólo en el de la particularidad de los hechos sino, como destaca el autor, en una permanente tensión entre estos niveles de pensamiento.<sup>56</sup>

Así consideradas las actividades de los jueces y abogados, el Derecho no podría ser reducido a un conjunto de normas que reflejan elecciones políticas sino que se trataría, en la imagen que quiere mostrar White, de una actividad de la mente y del juicio que es mucho más compleja y también interesante, una actividad imaginativa e intelectual

---

<sup>54</sup> James Boyd White, “An Old-Fashioned View of the Nature of Law”, *op. cit.*, pág. 399.

<sup>55</sup> *Ibid.* Es en este proceso retórico de resolución de este tipo de tensiones donde el autor localiza la verdadera y más importante actividad del jurista.

<sup>56</sup> White señala que, en este sentido, los abogados y los jueces podrían compararse a los poetas, ya que ambos se enfrentarían, continuamente, a una similar tensión entre lo particular y lo general. *Ibid.*, pág. 400.

que tiene como fin dar significados a la experiencia humana individual y colectiva.<sup>57</sup>

El autor se resiste, como se ha visto, a una concepción del Derecho como normas o como política, pero detrás de ello estaría su resistencia a una imagen más profunda: la del Derecho como una disciplina abstracta, mecánica, impersonal, burocrática, que “empequeñece más que amplía la capacidad humana para la experiencia, la comprensión, la imaginación y la empatía”.<sup>58</sup>

Y así, frente a la apariencia de que en Derecho se funciona alcanzando soluciones predeterminadas a través de un proceso de lógica, White pone el énfasis en demostrar la capacidad de éste para albergar la presencia de un pensamiento y una expresión que sea original, en donde no sea la máquina o el sistema sino los abogados y los jueces los principales actores. Es en ellos en quienes recae toda la responsabilidad y ya no es la eficiencia sino otros los valores que emergen.<sup>59</sup>

No es el Derecho un sistema totalitario, sordo y cerrado, sino abierto a la creatividad y la imaginación así como a otros lenguajes y formas de pensamiento.<sup>60</sup> No se trata para White de una disciplina autónoma, impermeable o insensible a otros lenguajes sino que, por el contrario, en ella resulta fundamental, precisamente, tomar conciencia de que se trata de un lenguaje entre otros, con sus propios hábitos lingüísticos e intelectuales siendo entonces la tarea de los abogados el

---

<sup>57</sup> James Boyd White, “The Cultural Background of *The Legal Imagination*”, *op. cit.*, pág. 13.

<sup>58</sup> James Boyd White, “An Old-Fashioned View of the Nature of Law”, *op. cit.*, pág. 401.

<sup>59</sup> James Boyd White, *Heracle’s Bow*, *op. cit.*, pág. 31.

<sup>60</sup> James Boyd White, “Establishing Relations Between Law and Other Forms of Thought and Language”, 1:3 *Erasmus Law Review* 3 (2008), pág. 5. Podría decirse que es esto, fundamentalmente, lo que el autor trata de demostrar cuando analiza la actividad de los abogados y verifica, como se verá, hasta qué punto su trabajo consiste en un arte de análisis e invención, presentándose cada caso, cada una de las conversaciones que se producen en el mismo, como una oportunidad para el ejercicio de este complejo arte de la mente y de la imaginación.

entenderlos y desarrollarlos y un tema central en el Derecho la correcta relación de éste con otras formas de pensamiento y expresión.<sup>61</sup>

Podría decirse que la visión del Derecho que White plantea -como un lenguaje más que contribuye a la constitución de uno mismo, la comunidad y la cultura y, por tanto, como una disciplina que pertenece a las humanidades-<sup>62</sup> supondría una vuelta a las raíces del pensamiento jurídico en Occidente, al estudio y práctica del arte de la retórica, del lenguaje, del juicio, al arte del mantenimiento y reparación de la comunidad humana.

White comenta que, aunque esta forma de ver el Derecho puede ser considerada como pasada de moda, daría la oportunidad, sin embargo, de dirigir la atención a lugares fundamentales que a menudo no se tienen en cuenta: a la manera en que creamos nuevos significados y nuevas posibilidades de significado en lo que decimos y a entender que la empresa del jurista es radicalmente ética, ya que a través de ella él mismo y la comunidad son permanentemente reconstituidos. Bajo esta visión retórica del Derecho éste tendría como una de sus preguntas esenciales qué tipo de comunidad deberíamos ser, con qué valores, motivos y propósitos.

A diferencia del discurso burocrático que tiene una racionalidad fines-medios y que a menudo reduce el ser humano a lo material y medible, esta concepción del Derecho permitiría atender “el lado espiritual o significativo de nuestra vida en comunidad”<sup>63</sup> dirigiendo la atención hacia las preguntas más importantes de nuestra existencia compartida, las cuales quedan fuera del mundo de la ciencia. Justicia y ética son sus asuntos y el arte su método, al ser el conocimiento retórico

---

<sup>61</sup> *Ibid*, pág. 3.

<sup>62</sup> James Boyd White, *Heracle's Bow*, op. cit., pág. 31.

<sup>63</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, op, cit., pág. 43.

de naturaleza creativa, siempre reconocedor tanto de sus límites como de las condiciones de incertidumbre bajo las que funciona.<sup>64</sup>

## 4. Consecuencias

Esta idea del Derecho, como se verá a continuación, tiene repercusiones en la forma de concebir su práctica y enseñanza.<sup>65</sup>

### 4.1. En la práctica del Derecho

Para White, como se ha visto, los jueces y abogados no son unos meros aplicadores de normas sino profesionales a los que se les plantean importantes cuestiones éticas e intelectuales, que hacen que su trabajo sea mucho más desafiante, interesante y éticamente vivo. Y ello porque, como se ha mencionado anteriormente y es intención del autor destacar, la tarea verdaderamente importante que llevan a cabo consiste en una compleja actividad intelectual y lingüística a través de la cual se da significado o sentido a la experiencia compartida de los seres humanos.<sup>66</sup> Se trataría de una particular manera de hacer lo que White considera como una de las más profundas necesidades del ser humano, quizá la más distintivamente humana.<sup>67</sup>

Si se analiza desde esta perspectiva el trabajo de los abogados y jueces, éstos, según White, en su tarea diaria, estarían permanentemente reivindicando un significado, tanto para los hechos que forman parte del caso que tienen entre manos como para el Derecho mismo. Comprender la verdadera complejidad de estas actividades se convierte en una prioridad para los abogados y los jueces si éstos quieren desarrollar

---

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Ver James Boyd White, "Law and Literature: "No Manifiesto"", *op. cit.*, pág. 741.

<sup>66</sup> James Boyd White, *From expectation to experience*, *op. cit.*, pág. 175.

<sup>67</sup> James Boyd White, *The Edge of Meaning*, *op. cit.*, introducción. Ver también en James Boyd White, "Legal Knowledge", 115 *Harvard Law Review* 1396 (2002), especialmente pág. 1431.

correctamente su profesión, y alcanzar un cierto dominio de ellas, en la más poderosa herramienta con la que puedan contar.

Para ello, lo primero que deben hacer es saber reconocer las tensiones que se producen en su actividad diaria de dar significado de manera que, cuando busquen y reivindiquen un significado para los hechos, sientan la inevitable tensión, que White destaca, entre la experiencia acerca de los hechos que quieren transmitir y los lenguajes necesariamente inadecuados, el ordinario y el jurídico, en los que es su tarea traducirla.

De igual forma, cuando el abogado está decidiendo lo que significa el Derecho debe ser consciente de que no se está limitando a descodificar órdenes, como un subordinado lee las órdenes de un superior, sino que la posición desde la que lee un abogado es la de quien al hacerlo construye. El motivo es que para White el significado no está nunca simplemente ahí, en los textos, para ser descubierto por el lector. La imposibilidad de un significado así es consecuencia de la manera en que se ha visto que el autor considera el lenguaje del Derecho, el cual, si bien no de la forma intencionada y artística con que sucede en la literatura, sí compartiría con ella el hecho de que las palabras, en los textos jurídicos, no sólo adquieren su significado de definiciones estáticas sino, también, de su uso en combinación con otros términos,<sup>68</sup> es decir, del lenguaje que los escritores rehacen en el texto, de manera que las palabras en él tienen un significado, relevancia o trascendencia que perderían fuera.

---

<sup>68</sup> James Boyd White, *Ordinary Language and Legal Language*, *op. cit.*, págs. 61-81 y James Boyd White, *Heracle's Bow*, *op. cit.*, págs. 84-87. White pone varios ejemplos literarios de redefinición textual, mostrando, por ejemplo, cómo la palabra "tolerancia religiosa" en un pasaje de la obra *Reflections on the revolution in France* de Burke adquiere su significado mediante su uso con otras distintas, estableciéndose entre ellas contrastes, conexiones y jerarquías. Otro ejemplo que propone es el especial registro y peso que Jane Austen confiere a la palabra "principios" en *Mansfield Park* y otros en los que se produce este mismo fenómeno pero esta vez en varias Sentencias de la Corte Suprema con respecto a términos centrales del Derecho: *Mc Culloch v. Maryland* 17 U.S. (\$ Wheat) 316 (1989) con respecto a la palabra "necessity", o la del juez Brandeis en *Olmstead v. United States*, 227 U.S. 438, 478 (1927), y la redefinición que hace este juez de la palabra "libertad", o la de McCreynolde's con respecto a "libertad" en *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923) en *Ibid*, 87-89.

El significado de los textos jurídicos al igual que el de los textos literarios estaría inevitablemente condicionado, también, por el contexto cultural. Al cambiar éste, cambia nuestro lenguaje y adquirimos nuevo material para hacer otras preguntas, a las que el texto dará entonces nuevas respuestas.<sup>69</sup>

Podría decirse que White sitúa el significado de un texto en la experiencia que éste produce en el lector. Ésta consistiría en la interacción que se produce entre la mente del lector y el texto y es parecida a la que sucede entre las personas. Como tal, es sin duda una relación compleja, siendo difícil para el lector percibir y, por tanto, decir, todo lo que en ella se produce.<sup>70</sup> White sostiene que, aunque esto es así, sí es posible, con todo, decir algo inteligible sobre ella.

El autor defiende que esta forma de entender el significado de los textos literarios podría aplicarse también al Derecho, donde no debería ser vista con temor sino todo lo contrario, ya que el papel relevante del elemento subjetivo en la interpretación del Derecho es algo necesario y consustancial a esta disciplina:

“el propósito de nuestro Derecho no es borrar juicios individuales a favor de un plan, sino estructurarlos y disciplinarlos para hacerlos públicos y responsables. Esta es la realidad en la que se mueve el abogado y el juez, y el cliente lo sabe. Éste no paga por la habilidad de establecer consecuencias mecánicas, sino por juicios individuales altamente complejos”.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Sobre la dimensión cultural del significado ver James Boyd White, *Translation as a Way of Understanding the Language of Law*, op. cit., págs 61-81.

<sup>70</sup> Una posición parecida a la de White, como el propio autor reconoce, es la de Wolfgang Iser en *The Implied Reader: Patterns of Communication in Prose Fiction from Bunyan to Beckett* (Baltimore: John Hopkins University Press, 1974), págs. 272-97. En esta obra Iser elabora lo que él mismo denomina como una aproximación fenomenológica a la lectura.

<sup>71</sup> James Boyd White, *Heracles' Bow*, op. cit., pág. 97.



La multitud de lecturas que el Derecho permite no es, entonces, para White, una debilidad, sino lo que le proporciona su fuerza, al posibilitar no sólo que dentro del Derecho sean testados unos contra otros puntos de vista distintos y reconstrucciones de la realidad diferentes, sino que sería lo que le permite poder dar respuesta a demandas nacidas de circunstancias muy diversas.

En definitiva, tanto los textos literarios como los jurídicos no tendrían, para White, unos significados objetivos y determinados en el sentido de que lo que se expresa en estos textos pueda ser reformulado adecuada y exhaustivamente en otros términos, pero sí podrían tener unos significados objetivos de otro tipo. Su postura respecto al significado se situaría en la tensión entre el respeto al lenguaje, la cultura heredada y la comunidad ya existente, de un lado y la necesaria intervención del lector, de otro.<sup>72</sup> White señala que en Derecho, cuando el abogado se pregunta sobre el significado, por ejemplo, de una ley, ha de tener en cuenta todo el Derecho previo, lo cual incluye otra legislación, el background de common law etcétera, frente a los que se asume que ha sido escrita.<sup>73</sup> El texto legal, en este sentido, siempre llama a su lector a integrar su significado con los otros textos que hacen el Derecho, lo cual significa, por otra parte, que el caso más pequeño o más trivial puede presentar al abogado la oportunidad de hablar de las más grandes cuestiones.<sup>74</sup> Esta tarea exige, además, la labor previa, por parte del abogado, de identificar esos textos, momento en el que se enfrentará a la compleja pregunta de qué juicios o decisiones con autoridad hechos por otros deben respetarse y por qué.

---

<sup>72</sup> *Ibid*, págs. 102 y ss.

<sup>73</sup> White destaca como una característica fundamental del Derecho y de la actividad que lleva a cabo el abogado el hecho de que éste siempre actúa sobre las bases que le proporciona su tradición, de tal manera que gran parte del significado de lo que el jurista hace, al igual que ocurre con el poeta, reside en lo que ello supone frente a su contexto o tradición. Ver en "Reading Text, Reading Traditions: African Masks and American Law", 12 *Yale Journal of Law & The Humanities* 117 (2000), págs.120 yss.

<sup>74</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience* op. cit., pág. 175.

Con esto el autor trata de mostrar cómo el trabajo del abogado de leer y hacer Derecho queda lejos de reducirse a meros juicios políticos, como si fuera un omnipotente legislador, o como si sólo debiera preguntarse sobre cuál es el mejor resultado o la mejor política para el caso. Como White considera necesario recordar, paralelamente a esas cuestiones, la pregunta que debería hacerse el juez, y para la que debería argumentar el abogado es la de cómo resolver el caso dado el conjunto de casos previos, legislación, etcétera, debiendo “leer” y “construir” cada uno de ellos. En estas dos tareas de identificar y construir textos, White estaría destacando la idea de que el abogado se encuentra en una actividad de “hacer” Derecho que “respeta” siempre ciertos juicios y decisiones de otros.<sup>75</sup>

Estas actividades de la práctica del abogado y la manera en que el autor las concibe, pondrían de manifiesto hasta qué punto éste en su trabajo tiene que poner en marcha y desarrollar todas sus capacidades y virtudes intelectuales y morales. En este sentido, el autor considera que, vista así su profesión, como una en la que no sólo se da significado a la experiencia inmediata de otros, sino a nuestro presente y pasado compartido, es difícil imaginar una más rica y enriquecedora.

Sin embargo, esta manera de ver la profesión no es compartida por los abogados y estudiantes de Derecho de los años noventa, un fenómeno del que responsabiliza, por una parte, a la forma en que la disciplina es enseñada en las escuelas de Derecho pero, por otra, se refiere también a un hecho más general y que resultaría característico de esa época: la posición de dominio que ocupa, según él, la concepción económica de nuestra vida en común, algo de lo que, sin duda, también se ve afectado el Derecho. Bajo esta influencia, lo central para el abogado no sería tanto el significado de lo que realmente está haciendo, sino el mercado de sus servicios.<sup>76</sup> White señala que los abogados de hoy a menudo se sienten a

---

<sup>75</sup> *Ibid*, pág. 176.

<sup>76</sup> *Ibid*, pág. 177.

sí mismos como vendedores de servicios en un mundo en el que el cliente o el consumidor son los que mandan. En lugar de sentir que en algunos sentidos elevan la experiencia de sus clientes en la medida en que la traducen al lenguaje del Derecho y piden por ella un nuevo tipo de significado, sienten que reducen el Derecho y lo que puede significar a un sistema de manipulación.<sup>77</sup>

Como tratará de demostrarse a lo largo de la exposición, es precisamente la adquisición de un sentido profundo y amplio de la experiencia humana y unos juristas conscientes de ella (tanto de la suya propia como de la de los demás) un aspecto esencial del proyecto formativo de White, y ello tras advertir un mundo en el que impera una conciencia disipada de la misma y en el que a menudo ésta, la experiencia humana, es reducida y sometida a un fin cualquiera, un fenómeno que encontraría expresión y refuerzo en ese dominio que White percibe que ejerce lo económico en nuestra vida compartida y, por tanto, también en el Derecho.

Tanto la tendencia en la enseñanza que se basa en el Derecho como política, como la importancia que ha adquirido el punto de vista económico, contribuyen a borrar aspectos que constituyen la esencia del Derecho mismo, excluyendo tanto del centro de atención de los propios juristas como de su consideración en la enseñanza del Derecho un conjunto de actividades centrales y fundamentales en la vida del abogado y que en ningún caso deberían obviarse, ya que hacerlo significaría no atender a lo que verdaderamente y más importante, en opinión del autor, éstos hacen.

Su tarea real y central, como se ha visto, consiste en las diversas actividades que llevan a cabo con el lenguaje. Sus vidas consisten fundamentalmente en la lectura de las composiciones de otros y en la escritura de las propias. Su principal actividad, como la del crítico literario, es la de leer, entender, interpretar y hacer real en el mundo un conjunto

---

<sup>77</sup> *Ibid.* Pág. 180.

de textos: leyes, documentos, casos, etcétera.<sup>78</sup> White llama la atención sobre la complejidad de estas tareas y no con el objetivo de aportar una relación exhaustiva de ellas, sino con el de mostrar cómo, en la vida práctica de su profesión, el abogado, necesariamente, tiene que afrontar diferentes tensiones cuya resolución únicamente depende de su decisión en cada caso particular y en las que, por tanto, ninguna norma, regla o consejo general resultará valioso. Son tensiones inherentemente inestables, nunca totalmente resueltas, cuya respuesta no es una cuestión de lógica, o de una racionalidad fines-medios o que requiera un análisis conceptual, sino que precisan de un arte: el arte del lenguaje y del juicio.<sup>79</sup> Una decisión individual del abogado es necesaria en cada una de ellas, algo que, se insiste, no habría de verse como un peligro sino como la fuente de importantes posibilidades si ésta es convenientemente educada y disciplinada para que sea responsable.

Una de estas tensiones sería, por ejemplo, la que White señala que inevitablemente se produce entre el lenguaje legal y el ordinario. Un momento en el que el abogado se enfrentaría a esta situación es, como el autor describe,<sup>80</sup> el de su primer encuentro con el cliente, cuando éste le cuenta una historia en el lenguaje ordinario, que es el lenguaje en el que el cliente normalmente habla y piensa. El abogado le escuchará y con el objetivo de conseguir una posterior y más completa exposición de su historia en el lenguaje del Derecho le formulará nuevas preguntas que harán que el cliente le cuente otras cosas, ya que el conocimiento que del Derecho tiene el abogado, le conduce a plantearse asuntos en los que el cliente no ha pensado. White destaca en este punto que no existe un método o unas reglas para que el abogado sepa cuándo tiene los datos suficientes y que, en la dependencia circular entre los hechos y el Derecho

---

<sup>78</sup> Ver, por ejemplo, James Boyd White, *Heracle's Bow*, *op. cit.*, págs. 70 y ss. Una imagen de la actividad del abogado acorde con su visión de lo que el Derecho debería ser dada la realidad del lenguaje y de las condiciones de nuestra existencia.

<sup>79</sup> James Boyd White, "Establishing Relations between Law and Other Forms of Thought and Language", *op. cit.*, pág. 5.

<sup>80</sup> James Boyd White, "An Old-Fashioned view of the Nature of Law", *op. cit.*, págs. 388 yss.

que se produce en este tipo de conversaciones, en la medida que los hechos determinan qué Derecho es relevante y el Derecho qué hechos lo son, no existe ninguna regla que indique cuándo parar, cuándo se ha llegado al punto adecuado para comenzar a desarrollar el caso. El autor señala que es ésta una decisión a la que se llega de forma gradual a medida que se va una y otra vez de la historia que cuenta el cliente a lo que el abogado sabe del Derecho. Se trata, por tanto, de una cuestión que depende de lo que White denomina la *educated intuition* del abogado.<sup>81</sup>

Una vez que el abogado ha superado la dificultad de determinar cuándo tiene los datos suficientes de la historia, White señala la siguiente tensión a la que deberá enfrentarse, la de “traducir” lo que le ha contado el cliente al lenguaje del Derecho. Ésto requerirá ir una y otra vez de un lenguaje a otro comprobando la historia y la traducción que está realizando. White destaca la importancia de que el abogado sea consciente de las características de este acto de traducción, es decir, de la distorsión o imperfección inherente a todo proceso de este tipo,<sup>82</sup> cuya ejecución no precisa el conocimiento de unas reglas y fórmulas. Para White se trataría más bien de un arte para el que, en todo caso, será necesario hablar los dos lenguajes, el ordinario y el jurídico.<sup>83</sup>

En el trabajo del abogado que sigue tras haber escuchado la historia de su cliente, el autor destaca una tensión más que el abogado debe afrontar, y que complicaría aún más las que se están describiendo, que es aquella que inevitablemente se produce entre el mundo de las palabras y el de la experiencia muda, entre el lenguaje de cualquier tipo y el hecho

---

<sup>81</sup> *Ibid*, pág. 388.

<sup>82</sup> White señala que consciente de las dificultades de este proceso, el abogado deberá, en todo caso, tratar de hacer la mejor traducción posible, incluso, en aquellas situaciones en las que esta tarea resulte especialmente difícil, momentos en los que podrá sentir la imposibilidad de decir en el lenguaje del Derecho que le ha sido dado lo que piensa que debería decirse en el caso.

<sup>83</sup> James Boyd White, “An Old-Fashioned View of the Nature of Law”, *op. cit.*, pág. 388. White señala, por ejemplo, el momento en el que el abogado se dirige al jurado como uno en el que éste utiliza un lenguaje muy próximo al lenguaje ordinario, a diferencia de otras situaciones en las que la distancia entre ambos lenguajes se hace más patente.

de que la historia del cliente nunca puede ser totalmente contada incluso en un lenguaje ordinario, al haber siempre un nivel de la experiencia que no puede ser nunca expresado en ningún lenguaje: el sentimiento de impotencia, el dolor, etcétera.<sup>84</sup>

En estos primeros instantes de la vida de un caso, se le presentan al abogado difíciles tensiones: una la de traducir cualquier experiencia a cualquier lenguaje y otra la que necesariamente se produce entre el lenguaje ordinario y el jurídico. Sin embargo, dichas tensiones, como White señala, no son exclusivas de estos primeros momentos, sino que también tienen lugar a lo largo del proceso mismo de muchas maneras: en el interrogatorio a los testigos, en la argumentación final ante el jurado, con el abogado contrario o con el juez.<sup>85</sup> Además, esta traducción no sólo se produciría en una dirección, lenguaje ordinario-lenguaje jurídico, sino que, según White, si el abogado quiere hablar de forma inteligible con el cliente, pero también con los testigos, el jurado e incluso con el juez, debería ser capaz de plantear su argumento jurídico, sus conclusiones legales, sus pensamientos, por muy técnicos que éstos puedan ser, en un lenguaje ordinario de justicia. Y es que, para el autor, el resultado que el Derecho alcance debe en principio ser justificable, no solo en términos estrictamente legales sino también en formas de pensar y de hablar más accesibles para la sociedad y para la cultura.<sup>86</sup>

White estaría llamando la atención sobre el hecho de que el abogado no se encuentra encerrado en un sistema conceptual o lingüístico que requiere la utilización de una lógica deductiva, sino en un sistema abierto y en contacto con otras formas de pensar y hablar sobre el problema que el caso le plantea y en el que, entonces, otras habilidades

---

<sup>84</sup> James Boyd White, "Establishing Relations Between Law and Other Forms of Law and Language", *op. cit.*, págs 3-5; James Boyd White, "An Old-Fashioned View of the Nature of Law", *op. cit.*, pág. 389.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> James Boyd White, "Establishing Relations between Law and Other Forms of Thought and Language", *op. cit.*, pág. 5.

serán necesarias. Esta apertura es, además, según el autor, un elemento esencial para la legitimidad democrática del Derecho. Aquélla necesita que éste sea respetado y ello requiere, como acaba de decirse, que sea tolerable para los ciudadanos.<sup>87</sup>

En esta visión del Derecho, como un sistema abierto a otros lenguajes, el abogado y el juez deberían saber hacer algo parecido a “traducir”, un tipo de actividad que se asemejaría más aun arte. Traducir del mundo de la experiencia muda al de las palabras, entre el lenguaje ordinario y el lenguaje legal, pero también, y es de lo que se va a tratar a continuación, entre estos dos tipos de lenguajes y los lenguajes especializados, es decir, los lenguajes de un gran número de disciplinas y profesiones como ingenieros, lingüistas, informáticos, médicos etc. Esta actividad la llevan a cabo, por ejemplo, cuando las partes en un juicio introducen el testimonio de los expertos.<sup>88</sup> White señala que el problema aquí es estructuralmente similar al presentado por la tensión entre el Derecho y el lenguaje ordinario ya que, en ambos casos, tanto los abogados como los jueces se enfrentan a la dificultad de determinar qué relación correcta establecer entre estas diferentes formas de pensar y hablar.<sup>89</sup>

Para explicar las dificultades de esta nueva tensión, White recurre, por ejemplo, al supuesto de que a un psiquiatra se le pida testificar en un caso particular en el que se cuestiona la locura o no del acusado, es decir, si tiene o no capacidad para apreciar realidades morales y emocionales como la criminalidad o ilicitud de su conducta, así como para adecuar ésta a norma externas.<sup>90</sup> El autor señala que la dificultad esencial con la que se encontrará este profesional se halla en que estará acostumbrado a hacer

---

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> James Boyd White, “An Old Fashion View of the Nature of Law”, *op. cit.*, págs. 390 y 391.

<sup>89</sup> James Boyd White, “Establishing Relations Between Law and Other Forms of Thought and Language”, *op. cit.*, pág. 5 y 9

<sup>90</sup> *Ibid*, págs. 5 y ss.

estas cosas pero para otros propósitos totalmente diferentes de los que el Derecho ahora le está pidiendo. Para él las preguntas naturales son cómo curar a esa persona y, por tanto, qué tratamiento darle, pero no si debería ser o no castigado.<sup>91</sup> White propone, entonces, que pensemos en lo que, según esto, podría responder el propio psiquiatra. Éste podría decir que no se le está preguntando por una cuestión terapéutica o médica, sino por una de justicia, la de quién debería ser castigado por el hecho ilícito y quién excusado por razón de locura, un asunto sobre el que no es experto y ante el que podría exigir, entonces, que se le explicaran primero cuáles son los propósitos del Derecho criminal y de la *insanity defense*. Pero resulta que, sobre éstos, como señala White, tampoco recibiría una respuesta clara y coherente, sino muchas diferentes. Unas hablarían en términos de retribución del daño, otras de disuasión, rehabilitación, curación o incapacitación.<sup>92</sup>

Sin ahondar más sobre estas últimas cuestiones, podría decirse que el autor está intentando destacar con este ejemplo las barreras que existen entre los distintos lenguajes, en este caso, entre el lenguaje de los psiquiatras y el lenguaje del Derecho. Estas barreras nacen de las contradicciones y diferencias existentes entre las naturalezas de las dos prácticas, entre los diferentes propósitos y relaciones humanas que cada una requiere. Las dificultades en este caso, como se ha visto, se intensifican tras comprobar que los propósitos del Derecho criminal no pueden ser formulados coherentemente.<sup>93</sup>

White estaría intentando definir una dificultad (más que solucionarla) de manera que se pueda tomar conciencia de la verdadera complejidad que supone el establecer relaciones entre diferentes

---

<sup>91</sup> White realiza un análisis más profundo de la relación entre el lenguaje psicológico y el legal en James Boyd White, *The Legal Imagination*, *op. cit.*, págs. 177 y ss.

<sup>92</sup> Ver James Boyd White, "Making Sense of What We Do: The Criminal Law as a System of Meaning" en *Heracle's Bow*, *op. cit.*, págs. 192-214.

<sup>93</sup> James, Boyd White, "Establishing Relations Between Law and Other Forms of Thought and Language", *op. cit.*, pág. 8.



lenguajes y de que, en el caso del Derecho se encuentre una forma correcta de que éste se beneficie y aprenda de otras disciplinas, de otras profesiones, de otros sistemas de pensamiento. Esto exigiría, según el autor, el saber establecer una relación adecuada con todos ellos de manera que el conocimiento que pueda obtenerse, no lleve consigo prescindir del Derecho. Respecto al ejemplo que ponía el autor, sería un error decir que el psiquiatra no tiene nada que contribuir al Derecho.<sup>94</sup>

White habla de nuevo de “traducción” como la actividad que se aproxima más a la correcta relación que todo abogado podría establecer entre los distintos lenguajes especializados y el Derecho, y recurre a la imagen del buen traductor como el referente que puede servir de ayuda al abogado en su tarea de establecer relaciones con otras disciplinas.<sup>95</sup> Conocer cómo llevar a cabo correctamente este complejo proceso de traducción ayudaría, en su opinión, a que el abogado tenga un conocimiento real de la difícil actividad a la que se enfrenta. Y es que en este acto, según White, se hace necesario acceder a la verdadera naturaleza del lenguaje y las dimensiones de su significado, realidades que un buen traductor siempre tiene en cuenta. Otro aspecto que, según el autor, lo hace idóneo, es que la realización correcta del mismo obliga a experimentar los límites y el poder de la imaginación humana, es decir, el desesperado pero prometedor proceso de buscar la manera de dar significado a la experiencia.<sup>96</sup>

En definitiva, este acto de traducción, tal y como lo entiende el autor, es un proceso en el que se tiene en cuenta la verdadera realidad del lenguaje y la incertidumbre de nuestra existencia, al requerir siempre, según White, un conocimiento de los dos lenguajes, cada uno de ellos con sus diferentes motivaciones y objetivos, despertando a su vez la

---

<sup>94</sup> *Ibid*, pág. 11.

<sup>95</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, op. cit., pág. 259.

<sup>96</sup> James Boyd White, “Establishing Relations Between Law and Other Forms of Thought and Language”, op. cit., pág. 9.

conciencia de lo limitado de cada uno y percibiendo con ello lo beneficioso de establecer conexiones con otras disciplinas, de aprender de otros campos y sistemas de discurso, de otras maneras de ver el asunto que se tiene entre manos. Esto permitiría, finalmente, hacer un uso adecuado de lo aprendido.

Además, con este proceso, por su propia naturaleza, se lograría evitar que un solo lenguaje, con sus propósitos específicos, su forma de ver el mundo y sus motivaciones, sea tratado como si tuviera una autoridad exclusiva y automática. El autor advierte que esto, que podría ocurrir con cualquier lenguaje, está sucediendo en el Derecho con el movimiento *Law and Economics*.<sup>97</sup> Para White, el discurso de este movimiento adopta una actitud “imperialista”. Con este calificativo el autor se estaría refiriendo a esas formas de actuar que asumen y sugieren que todo lo de valor puede ser dicho en un solo lenguaje con exclusión de los demás. Es ésta, para White, una actitud equivocada ya que en lugar de insistir en los límites de todo lenguaje, de todo pensamiento humano, como presupuesto necesario para buscar la pluralidad de voces que requiere todo asunto humano, cierra el Derecho a otros mundos de significado y pensamiento.<sup>98</sup>

Para el autor es perfectamente adecuado y posible que el Derecho haga uso de la economía, como hace con otros campos, pero siempre y cuando se tengan en cuenta los diferentes propósitos de cada una de estas disciplinas, esto es, si se conoce y considera la distancia y tensión que existe entre estos dos lenguajes tan diferentes. Este sería un presupuesto necesario para poder establecer, a partir de ahí, una relación interdisciplinar que lo que busque sea ese *cross- understanding* que, según se ha visto, es característico de la actividad del traductor. Desde esta perspectiva, White considera que *Law and Economics* no es un verdadero trabajo interdisciplinar ya que no buscaría establecer una relación entre

---

<sup>97</sup> *Ibid*, pág. 11 y ss.

<sup>98</sup> *Ibid*.

sistemas de pensamiento con el objetivo de que uno aprenda de otro sino que, más bien, se centraría en cuestiones de política abstrayéndose de la red de textos, tradiciones o acuerdos por los que el Derecho funciona y, por tanto, desconsiderando o borrando toda la estructura esencial del pensamiento legal. Por este motivo White señala que *Law and Economics* no busca informar al Derecho sino, más bien, borrarlo, reduciendo el juicio legal a la aplicación de una sola forma de ver el mundo y actuar en él.<sup>99</sup>

Y es que, como se ha visto que White quiere destacar, lo que es esencial del abogado es su actividad constante de dar significado a los hechos y a los textos de Derecho (normas, las *judicial opinions* y otros materiales de autoridad) a través de los cuales argumenta.<sup>100</sup> El autor, al señalar este conjunto de tensiones, está poniendo de manifiesto lo lejos que están estas tareas de ser meros actos mecánicos. Existe en ellas un espacio para lo nuevo y para la creatividad que exige del abogado una compleja actividad intelectual. Esto se haría de nuevo evidente, por ejemplo, si se tiene en cuenta otra característica del funcionamiento del Derecho, como es la de que en todo proceso haya abogados en posiciones contrarias. Cada uno de ellos presentará los hechos y el material del Derecho de forma que encaje con las pretensiones de su cliente creando un sentido del caso y del Derecho que conduzca al juez o jurado a decidir a su favor.<sup>101</sup> Este proceso adversario y retórico crearía a su vez, a juicio del autor, otra tensión relacionada con él. Ésta se produciría en el interior de cada uno de los abogados y en la medida en que no sólo han de plantearse qué argumento funcionará en la defensa de su cliente, sino reflexionar sobre el resultado correcto, sobre lo que la justicia requiere, sobre si lo que hacen es justificable o respetable, sobre la manera en que inevitablemente se están definiendo a sí mismos a través del lenguaje que

---

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> White busca analizar y mostrar, como se ha dicho, una manera de entender el Derecho y la actividad de los juristas que se ajuste y refleje más adecuadamente lo que son, según él, la verdadera naturaleza del lenguaje y las circunstancias de nuestra existencia.

<sup>101</sup> James Boyd White, "An Old-Fashion View of the Nature of Law", *op. cit.*, págs. 391-392.

utilizan o en qué se están convirtiendo con lo que dicen.<sup>102</sup> White considera que este problema podría eludirse señalando que el sistema contencioso está hecho, precisamente, para producir justicia y que, aunque no se haga en un determinado caso particular, aunque no se argumente en él de forma justa, el sistema será justo, si no para este caso, sí en la mayor parte de ellos. Para White este tipo de afirmaciones son de un optimismo improbable por lo que considera esencial que el abogado aborde, en cada caso, esta cuestión ética. Debe ser éste consciente, por tanto, del dilema que se le plantea: si es un portavoz capaz de decir cualquier cosa con tal de ganar o si, por el contrario, puede verse a sí mismo haciendo algo que pueda respetar.<sup>103</sup> La resolución de esta tensión no es, de nuevo, para White, una cuestión de reglas, frases o eslogans sino, más bien, un asunto que el abogado deberá afrontar en las particularidades profundas de cada argumento que hace.<sup>104</sup>

Según señala White,<sup>105</sup> esta existencia de dos posiciones contrarias ante el juez tiene consecuencias en el proceso de pensamiento y argumentación de los abogados, quienes tendrán que tener presentes y vivas ambas posiciones, revisando todo lo que piensan y dicen desde la contraria. El autor concibe esta manera de elaborar argumentos por parte de los abogados en lados opuestos, como un mecanismo que evita una decisión rápida por parte del juez, al obligarle a mantener la mente abierta hasta que haya oído todo, ayudándole a pensar, al hacerse explícitas en el proceso el conjunto de posibilidades razonables de

---

<sup>102</sup> *Ibid.* White, como se verá más adelante en el *Syllabus*, aborda este problema, por ejemplo en *When Words Lose Their Meaning*, *op. cit.*, págs. 93-137. A través de la lectura de *Gorgias* de Platón (aunque también analiza esta cuestión en este mismo libro *Con Homero* y la *Iliada*, págs. 24-58 y *La Historia* de Tucídides, págs. 59-92), reflexiona sobre la idea que de nosotros mismos mostramos inevitablemente en el lenguaje que utilizamos. Para el autor en esta obra el tipo de identidad que una persona define para sí misma y ofrece a los demás cuando elige pensar y hablar de una manera y no de otra es un tema que Platón trata de forma explícita y recurrente en esta obra.

<sup>103</sup> James Boyd White, "Legal Knowledge", *op. cit.*, págs. 1399 y ss.

<sup>104</sup> James Boyd White, "An Old-Fashioned View of the Nature of the Law", *op. cit.*, pág. 392.

<sup>105</sup> *Ibid.*, págs. 391-394.

significado de las diferentes categorías legales o jurisprudenciales ante las que el juez deberá elegir.<sup>106</sup>

El autor pone énfasis en el hecho de que el campo de elección del juez bajo la presión de los argumentos aportados por los abogados es mucho más amplio de lo que al principio se pudiera esperar. A pesar del arco de respuestas que existen a este respecto (que el juez tiene poder para hacer lo que quiera ante la ineludible incertidumbre del significado, o que debe guiarse por la intención del legislador, o por principios generales apropiados de moral o filosofía política, o por el Derecho natural, o por analogía con otros términos, etcétera), según White, el juez, en su tarea básica de decidir, habita una zona marcada por una fuerte tensión entre formas de pensar alternativas. Este tipo de tensión, como las otras que se han descrito, está configurada por las particularidades de cada caso, lo cual hace imposible el establecimiento de unas reglas generales para su resolución. Deberá ser resuelta en cada ocasión, para lo cual el juez precisará, como sucedía en las tensiones anteriormente descritas, del arte del lenguaje y el juicio.

White pone de manifiesto que aunque en esos instantes una parte de la mente del juez estará pensando en argumentos legales, revisando uno frente a otro, sin embargo, por debajo de ello, está otra capa de la mente, una intuitiva, educada por la experiencia y la reflexión, que está ocupada en buscar la decisión correcta y que constituirá el núcleo o fuente secreta de su decisión, una difícilmente expresable o justificable en su escrito. Es en este sentido en el que White señala que la decisión del juez tiene algo de falso pretexto ya que, aunque en su escrito argumente el porqué de su decisión, sabe que las verdaderas fuentes de la misma están en lo profundo de sí mismo y nunca pueden ser completamente conocidas o explicadas.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> *Ibid.*

Junto a éstos el autor pone como ejemplo otros momentos de la actividad de los jueces y los abogados en los que surgen estas cuestiones cuya resolución sólo depende de una decisión individual de aquellos. White señala en este sentido la tensión que siempre se plantea entre los fundamentos o sustancia y las consideraciones procedimentales, al ser una característica del Derecho el exigir que el abogado y el juez piensen en ambas líneas de pensamiento. Éstas en ocasiones se entrelazan, sin que sea posible pensar en una sin la otra y siempre resultan mutuamente afectadas.<sup>108</sup>

Otro ejemplo de este tipo de tensiones es la que nacería del hecho de que la argumentación del abogado y del juez no sólo deba hacerse sobre lo adecuado del resultado que defienden según el Derecho, sino también sobre que él mismo es fundamentalmente justo, lo cual les obliga trabajar buscando la armonía entre las demandas del Derecho y la justicia.<sup>109</sup> Según White, argumentos que defiendan que el resultado alcanzado es adecuado según Derecho aun admitiendo que es injusto o, al revés, que defiendan que el resultado es el requerido por la justicia pero contrario a Derecho, serían profundamente incompletos. La necesidad de gestionar esta tensión y de armonizar ambas demandas es una ocasión más donde el autor encuentra la oportunidad, para el juez y el abogado, de crear algo nuevo y así hacer vivo, de verdad, el Derecho. Este momento no sólo exigirá de ellos aplicar la lógica a partir de las leyes sino, sobre todo, hacer una profunda incursión en los textos del pasado, en los hechos del presente así como en el significado de ambos. Es aquí donde se manifestaría, a juicio de White, uno de los aspectos más grandes de la tarea del abogado, el de “traer al campo de visión el ideal y lo real”.<sup>110</sup>

Los abogados y los jueces, tal y como los presenta White, desempeñan su tarea en un mundo abierto, incierto, de continua

---

<sup>108</sup> *Ibid*, págs. 394-395.

<sup>109</sup> James Boyd White, “Legal Knowledge”, *op. cit.*, pág. 1401.

<sup>110</sup> James Boyd White, “An Old Fashioned View of the Nature of Law”, *op. cit.*, pág. 396.

argumentación, donde las razones se oponen unas a otras y de permanente aprendizaje. Su trabajo está marcado, como se ha visto, por múltiples tensiones inestables que habrán de resolverse en cada caso, que exigirán de él una actividad de la mente y la imaginación y el lenguaje así como tener capacidad y confianza a la hora de hacer juicios individuales. Así visto el Derecho y la actividad del abogado ¿Cómo debería ser entonces su formación? Es a la respuesta que el autor da a esta pregunta a lo que se dedica el epígrafe siguiente.

#### **4.2. En la enseñanza del Derecho**

Según White, esta forma de entender el Derecho y su práctica haría necesaria un tipo de formación integral que fuera más allá del mero conocimiento de las normas y la doctrina, de manera que se proporcionara al abogado una especie de competencia cultural, algo parecido a aprender un lenguaje -en este caso el lenguaje del Derecho- así como la capacidad utilizarlo en situaciones reales en el mundo. Este tipo de conocimiento no es de tipo fáctico u objetivo sino uno más sutil e individual de carácter retórico e imaginativo.<sup>111</sup> Tal y como el autor presenta la actividad del abogado, éste no necesitaría tanto adquirir un equipaje de datos como desarrollar sus capacidades individuales. Para ello lo que se precisa es una verdadera educación liberal que sea capaz de producir mentes más educadas y, por tanto, profesionales más autónomos y conscientes de la responsabilidad que tienen entre manos.<sup>112</sup>

Con este tipo de formación se trataría de contrarrestar aquellas actitudes en la enseñanza y en la práctica del Derecho que, alentadas por un ambiente de temor, sospecha o desconfianza hacia todo juicio individual, ignoran, borran o tratan de reglamentar ese aspecto creativo del trabajo del jurista, o bien dirigen su confianza en las decisiones que éste debe afrontar hacia la búsqueda de certezas científicas. Esta es una manera de conducirse equivocada y, aunque se presenta como la forma

---

<sup>111</sup> James Boyd White, "Legal Knowledge", *op. cit.*, pág. 1399 y ss

<sup>112</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, *op. cit.*, págs. 34 y ss.

más racional de actuar, en su opinión, no lo es. El autor señala que aunque hubo un tiempo en el que se pensó en la ciencia como un campo firme y, aunque algunos todavía sigan pensándolo, sin embargo, bajo examen, ha quedado también demostrado que ésta no escapa tampoco a la determinación cultural:<sup>113</sup> Con Darwin descubrimos que las categorías de la naturaleza misma –las especies en las que la vida toma forma- no son permanentes, sino en un movimiento constante hacia un futuro que no podemos imaginar; con Freud que nuestra experiencia psicológica es incompleta y engañosa, al ser parte de una estructura mayor de motivación y significado de la que sólo podemos saber algo borroso; con Wittgenstein que el lenguaje, el material de nuestro pensamiento y el medio de nuestra expresión es contingente y variable, cargado de significados de los que no somos totalmente conscientes y que no podemos controlar completamente; con Derrida y algunos de sus seguidores que nuestros lenguajes construyen actitudes sobre las que tenemos poco control.<sup>114</sup> A pesar de esto, White señala que esta búsqueda de certezas a través de los métodos científicos es un hecho que caracteriza a la mente moderna, y que el nihilismo del hombre moderno no es debido tanto a lo que suele pensarse, el colapso del orden, sino a un “deseo imposible de certidumbre seguido de una extraordinaria desesperación cuando éste es defraudado”.<sup>115</sup>

Sin embargo, como ya se ha dicho, White considera que los métodos científicos pueden resultar de utilidad para el Derecho, pero siempre y cuando el jurista sepa utilizarlos, lo cual exigiría de éste una fe moderada en los mismos, esto es, que comprenda que se trata de un lenguaje entre otros con sus limitaciones, sus propósitos y motivaciones específicas, que pueden no ser las más adecuadas o ser muy diferentes de las del Derecho, cuyo propósito final es hacer justicia. Sería necesario, por tanto, que el abogado fuera sensible a las dificultades y tensiones que

---

<sup>113</sup> James Boyd White, “Is Cultural Criticism Possible?”, *op. cit.*, pág. 1377.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> *Ibid.*



surgen en la aplicación de estos métodos o lenguajes al Derecho. Como se veía anteriormente, es precisamente esto lo que el autor denuncia que no sucede con movimientos como *Law and Economics*, un tipo de discurso que, como se ha dicho, el autor califica de “imperialista”. Esta actitud imposibilita que pueda llevarse a cabo una relación interdisciplinar enriquecedora para el Derecho, ya que lejos de establecer una conexión entre sistemas de pensamiento de manera que uno pueda aprender de otro, amenaza con borrar el Derecho, al proceder centrándose en asuntos de política sin tener en cuenta la estructura esencial del pensamiento legal, el conjunto de textos, tradiciones y acuerdos por las que el Derecho funciona. Se trata de un movimiento, por tanto, que asume y sugiere que todo lo de valor puede ser dicho en un solo lenguaje con exclusión de los demás, como si estuviera investido de una autoridad automática, careciendo, entonces, de la actitud necesaria para la creación de una verdadera relación entre disciplinas, una que exigiría insistir en los límites de todo lenguaje, de todo pensamiento humano. Es este, para White, un presupuesto necesario para buscar la pluralidad de voces que requiere todo pensamiento humano dada las circunstancias de nuestra existencia, para lograr un lenguaje de justicia tal y como lo concibe White. Este sería aquél cuya expresión reflejara el conocimiento de estas circunstancias o, lo que es lo mismo, la conciencia de la naturaleza y límites de todo lenguaje y de nuestras mentes.

No sería, por tanto, correcto plantear una formación que oriente a los abogados hacia la búsqueda de certezas o a depositar una confianza incuestionable en alguna de ellas, o que ignore o busque reglamentar sus juicios individuales, sino que, más bien, lo que al abogado le resultaría útil es un tipo de educación que le permita moverse adecuadamente en la incertidumbre real en la que vive. En un mundo en el que las circunstancias y la cultura están en continuo movimiento, lo que se necesita es formar mentes capaces de responder a estos movimientos, para lo cual, el mero conocimiento de un conjunto de teorías y normas

sería también insuficiente.<sup>116</sup> Cada caso plantea al abogado nuevas ambigüedades y dificultades que son difícilmente reducibles a casos paradigmáticos siendo entonces la única guía posible una interna, basada en la confianza de ser capaz de afrontar una nueva situación con inteligencia<sup>117</sup>. Lo más útil para el abogado y, en definitiva, para el Derecho sería, entonces, que aquél adquiriera una cierta madurez intelectual, una calidad de pensamiento y expresión que le permita hacer los juicios y tomar las decisiones- a las que ya se ha visto que constantemente estaría expuesto por su profesión- de forma correcta y responsable, que le haga capaz de leer los textos del pasado y escribir sus propias composiciones para hacerlos reales en las circunstancias que se le presentan. Estas actividades, como se ha visto, exigen del abogado imaginación y creatividad<sup>118</sup>-por eso White utiliza la imagen del compositor o escritor- y no requieren de él las competencias de un científico sino, más bien, las habilidades de un escritor y crítico literario.

Pero ¿Cómo pueden enseñarse estas habilidades? ¿Cómo se puede aprender o enseñar a escribir bien? ¿Cómo a obtener confianza para juzgar la cultura que habitamos, si somos nosotros mismos sujetos culturalmente determinados?<sup>119</sup>

En lo que se refiere a la escritura legal, White señala la necesidad de que ésta se conciba y enseñe de una manera muy diferente de la que él observa es habitual en las escuelas de Derecho. Y es que, para el autor, pocos aspectos de la vida de los abogados tienen más importancia y, sin embargo, son peor entendidos.<sup>120</sup> White critica la extendida tendencia a

---

<sup>116</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, *op. cit.*, págs 16 y ss.

<sup>117</sup> *Ibid*, pág. 17.

<sup>118</sup> El Derecho es creado y recreado continuamente por mentes diferentes: cada abogado hace argumentos distintos y es en estas diferencias donde la mayor parte de las cualidades de la excelencia profesional e intelectual pueden ser discernidas y apreciadas. Ver James Boyd White, "Legal Knowledge", *op. cit.*, pág. 1401

<sup>119</sup> Ver, "Is Cultural Criticism posible?", *op. cit.*, pág. 1377 y ss.

<sup>120</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, *op. cit.*, págs 25-34.

reducir la excelencia en la escritura jurídica a la simple idea de “claridad”, como si fuera ésta la única virtud posible. También cuestiona la forma en que se enseña ya que, en su opinión, no se presta atención al trabajo de la mente ni a la expresión individual y la imaginación sino que se instruye a los alumnos en fórmulas de expresión rígidas, mecánicas, muertas, como si en cada caso, en cada tipo de documento, hubiera una forma perfecta o ideal a la que el abogado debe entonces intentar aproximarse.<sup>121</sup> Esta idea implicaría, según White, que se podría ser un magnífico escritor jurídico sin tener nada que decir. El autor considera necesario que deje de enseñarse la escritura legal en las escuelas de Derecho como si fuera simplemente una técnica o una habilidad.<sup>122</sup>

#### 4.2.1. La integración como excelencia

Para White, la competencia en la escritura jurídica no es posible si no es parte de una competencia o dominio de la expresión más general.<sup>123</sup> En su idea de considerar la escritura legal como algo que no se reduce a una técnica específica, el autor plantea la utilidad, por ejemplo, de que en su enseñanza se incite a los alumnos a recurrir a lo que ya saben respecto a las maneras en que ellos manejan las relaciones sociales a través del lenguaje. La idea es que su competencia natural en otras formas de expresión les ayude a testar y corregir su escritura como abogados.<sup>124</sup>

Esta forma de expandir, en este sentido, la concepción de la escritura legal es útil, según White, en la medida en que puede conducir a modificar los estándares a través de los cuales se evalúa la buena escritura, ya que facilita el comprender cómo la comunicación de ideas o la transmisión de una información no es la única función de la expresión, sino sólo una parte de la misma. Esta comprensión conduciría a apreciar y

---

<sup>121</sup> *Ibid*, pág. 27.

<sup>122</sup> *Ibid*, pág. 29.

<sup>123</sup> *Ibid*, pág. 26.

<sup>124</sup> *Ibid*, pág. 29.

atender, por tanto, otros aspectos importantes que están presentes cuando habla un abogado. Y es que, como señala el autor, a diferencia del discurso de un político o las disertaciones teóricas, la expresión legal tiene siempre lugar en un contexto social particular y definido, con seres humanos con necesidades, motivaciones y preocupaciones determinadas. Para White, la buena escritura legal requeriría siempre un reconocimiento de este hecho, de igual manera que lo precisan nuestras relaciones sociales.<sup>125</sup> El abogado, por tanto, cuando se dirige a los diferentes interlocutores en un proceso, debe ser consciente de que se trata de un acto que exigirá de él no sólo el mero conocimiento de un lenguaje técnico, o una expresión clara sino también el manejo de otros recursos no técnicos, los cuales ya utiliza en las relaciones sociales de su vida ordinaria.

Otro criterio esencial que White plantea orientado a mejorar la escritura de los abogados sería el de que éstos comprendan cómo sus escritos son siempre composiciones que llevan necesariamente consigo la construcción y el manejo de una realidad social. Y es que, según el autor, siempre que uno escribe, estaría creando, forzosamente, un carácter, una identidad tanto para la audiencia como para uno mismo y estableciendo, a su vez, una relación entre ellos.<sup>126</sup>

La intención de White es poner de relieve la necesidad y utilidad - para el abogado como escritor y para el Derecho- de considerar que las composiciones que éstos hacen son siempre reconstrucciones

---

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> Este aspecto de la retórica del abogado es lo que el autor denomina como su “carácter ético o comunitario”. “cada vez que uno habla como abogado establece una identidad ética, o lo que los griegos llaman *ethos* para uno mismo, su audiencia y para aquellos de los que uno habla, y propone una relación entre ellos. Es este un elemento implícito en el escrito del abogado. En él, según White, siempre estaría el abogado respondiendo a un conjunto de preguntas: ¿Qué tipo de comunidad deberíamos establecer los que hablamos el lenguaje del Derecho unos con otros, con nuestros clientes y con el resto del mundo? ¿Qué tipo de conversación debería constituir el Derecho? Ver en James Boyd White, *Heracles’s Bow*, op. cit., pág. 34. Sobre estos aspectos se profundizará en el *syllabus* pero para verlos esta vez más desde el punto de vista del abogado-lector. El autor los trata específicamente a través del análisis de obras literarias de muy distinto género en *When Words Lose their Meaning*, Ver especialmente págs. 276 y ss.

argumentativas del mundo y la cultura, ya que implican, como se ha visto, una forma de actuar con los otros, pero también con la cultura, ya que el abogado cuando cuenta la historia del cliente y hace uso de los materiales del Derecho, está diciendo implícitamente: esto es lo que cuenta y cómo cuenta y esto otro queda fuera por haber sido desechado.<sup>127</sup>

En este sentido, White quiere poner énfasis en el hecho de que el abogado, siempre que habla, estaría contando una historia y demandando un significado para la misma.<sup>128</sup> Es intención del autor destacar el carácter creativo de este momento, algo que, sin embargo, no es fácil de apreciar en las escuelas de Derecho donde, según señala, existe la tendencia a reducir las historias a resúmenes o ejemplos que ilustran reglas, una práctica que se aleja de la experiencia en la vida real, donde las historias tienen siempre la complejidad y el misterio que es inherente a todo hecho humano. Como ya se ha visto cuando se describía ese momento de la vida del abogado en el que el cliente entra en su despacho y le cuenta su historia, aquél no se limita simplemente a contarle las consecuencias jurídicas que considera se derivan de ésta, sino que le hace preguntas una y otra vez, buscando más hechos, así, hasta que consigue un sentido completo de la historia. White quiere dar relevancia a lo creativo e instintivo que es este proceso, al ser infinitas las posibilidades en cuanto a los hechos que se incluyen en la historia, los protagonistas, como se comienza y termina y, por tanto, en lo que puede ser su forma y significado.<sup>129</sup>

Para el autor, una disputa legal podría asimilarse a una competición narrativa en la que cada parte contaría la historia lo mejor que puede, con su propio punto de vista, sus propios actores, antecedentes etcétera, con la intención o esperanza de imponerse al otro. Para ello tendría que tener en cuenta la particularidad de que los materiales de la historia no pueden

---

<sup>127</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, op. cit., pág. 32.

<sup>128</sup> *Ibid*, págs. 32 y ss.

<sup>129</sup> *Ibid*, pág. 33.

ser inventados, sino que éstos vienen determinados por lo que ha ocurrido así como el hecho, que se sabe de antemano, de que cada versión de la historia será desafiada en cada punto por su oponente. Según esto, parte del arte del abogado será entonces contar la historia de manera que el final por él deseado, en vez del otro, parezca natural y encaje con la conclusión de la historia. En este momento, para reivindicar o dar un significado a la misma, el abogado tendrá que hacer uso, además, de todo el material de Derecho que se encuentra disponible para él y su adversario. White señala que, al hacer cada uno de ellos su argumento, necesariamente están reviviendo, reorganizando y reconstituyendo esta herencia, es decir, creando una nueva versión de la misma en competición con la del otro, ya que, aunque muchos abogados podrían estar de acuerdo en que un determinado caso, norma o principio es relevante o no, sin embargo, el acuerdo es siempre imperfecto. Puede haber desacuerdos al afirmar una analogía, o el peso o valor que los diferentes materiales deben tener, lo cual hace de su significado y autoridad algo siempre susceptible de argumentación.

Según esto, el abogado en su composición no sólo estaría argumentando, entonces, sobre el resultado que trata de obtener sino, también, sobre la versión del discurso legal que crea en la misma, en la que no sólo estaría diciendo: “He aquí cómo el caso debería ser decidido” sino “este es el lenguaje en el que sobre este caso y otros similares debe hablarse”, “el lenguaje que estoy hablando es el lenguaje apropiado de justicia en nuestra cultura”.<sup>130</sup> Es a esto a lo que se refiere el autor cuando afirma que en cada conversación jurídica el abogado está rehaciendo su cultura, desde su punto de vista mejorándola y ofreciéndosela a los otros para su uso. El abogado, como se ha visto anteriormente, se enfrenta, en cada caso, a diferentes tensiones: entre el pasado y el presente, entre lo que otros han dicho o pensado y lo que él dice y piensa, entre la autoridad del Derecho y su sentido de lo correcto, etcétera. La composición que escribe es para White un momento en el que estas cosas pueden ser

---

<sup>130</sup> James Boyd White, *Heracle's Bow*, op. cit., pág. 34.

conectadas y, al hacerlo, preservar y transformar la cultura. En todas ellas, en todos los casos, el asunto último y fundamental sobre el que se habla es sobre justicia: ¿Cuál es el mejor lenguaje para la justicia? ¿Cuál la mejor justicia en este caso? Lo más útil para el Derecho y para el abogado es, entonces, que éste pueda adquirir una voz propia como abogado y como mente. No una voz burocrática, sino una real. Para ello no deberá limitarse a imitar las formas y los estilos de otros, sino que tras pensar cada caso, tomará la decisión de cómo hablar. Esa es su responsabilidad.<sup>131</sup>

La calidad de la escritura dependerá entonces del proceso de pensamiento que se desprenda de la argumentación que utiliza el abogado para llegar a un resultado. Para valorarlo habrá que atender al tipo de acción o reconstrucción social y cultural que toda composición supone; en definitiva, al lenguaje que, desde esta perspectiva, se deja disponible a los demás, abogados y jueces, para que otros casos similares sean resueltos.

#### **4.2.2. El papel de las decisiones judiciales**

Este es el punto de vista que, según White, debería aplicarse a la lectura de las decisiones judiciales en las escuelas de Derecho.<sup>132</sup> Aprender a leerlas es el núcleo de la formación jurídica tradicional y, para él, un aspecto crucial para adquirir esa calidad de pensamiento y expresión que se acaba de describir. Las decisiones judiciales son textos en los que un juez o un grupo de jueces actuando como tribunal exponen la decisión de un caso y explican su base o fundamento. Al igual que los abogados en sus composiciones, lo importante, para White, es que al hacer esto definen un modelo (bueno o malo) para el pensamiento legal, invitando a los abogados y jueces en el futuro a pensar y hablar como ellos hacen. Desde este punto de vista, cada decisión judicial no sólo estaría diciendo: “Ese es

---

<sup>131</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, op. cit., pág. 34.

<sup>132</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, op. cit., pág. 101.

el resultado correcto para este caso sino también “esta es la manera correcta de pensar y hablar en este caso y otros parecidos”.<sup>133</sup>

De esta forma, el juez en la decisión judicial no sólo está dando autoridad al resultado por el que argumenta sino a sus propios modelos de pensamiento y expresión, los cuales podrán ser ellos mismos, al margen del resultado, autoritarios o democráticos, generosos o miserables, doctrinarios o abiertos a múltiples argumentos. Es en este sentido en el que White considera que toda decisión judicial, independientemente del resultado, puede tener un significado ético o político<sup>134</sup> susceptible de ser juzgado. Éste deberá buscarse en el tipo de acción con respecto a la herencia cultural y con respecto a las personas que constituye todo acto del lenguaje.<sup>135</sup>

En el caso de las decisiones judiciales, éstas siempre cuentan una historia de una forma determinada y explican o justifican el resultado. En ese proceso, conectan el caso con otros anteriores, y los hechos particulares con asuntos más generales, traducen los lenguajes y las experiencias de las partes en el lenguaje del Derecho, el cual conecta casos a lo largo del tiempo y el espacio. En dirección contraria, traducen los textos del Derecho en los términos definidos por los hechos del caso

---

<sup>133</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, op. cit., pág. 35. Las decisiones judiciales habrán de ser vistas como una invitación a los jueces y abogados a hablar de una manera mejor que otra, a dar un tipo de significado y no otro, y es esta invitación la que tendrá que analizarse, ver en James Boyd White, *Justice as Translation*, op. cit., pág. 102 y ss.

<sup>134</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, op. cit., pág. 35.

<sup>135</sup> De esta forma, para White, el escritor de una decisión judicial, de forma consciente o inconsciente, no sólo estaría tratando de persuadir al lector sobre el resultado alcanzado y la propiedad de su análisis sino, también, sobre lo que él entiende que son y deberían ser el juez, el Derecho, el abogado y el ciudadano. El juez o tribunal se estaría dando a sí mismo, por tanto, en cada una de sus actuaciones, un *ethos* o una identidad para sí mismo pero también para las partes y su audiencia. Para el autor, la vida del Derecho es, en gran parte, la respuesta a los textos judiciales. Ellos invitan a ciertos tipos de respuestas y evitan otros. En la manera que nos enfrentamos a estas invitaciones, tanto como individuos como comunidad, definimos nuestros propios caracteres o identidades, nuestras propias mentes y valores, y no de forma abstracta, sino mediante la acción. Ver en James Boyd White, *Justice as Translation*, op. cit., pág. 102 y ss.



presente.<sup>136</sup> Cómo se hagan estas cosas, el hacerlas bien es importante y no sólo para que las partes adviertan que su asunto ha sido tratado con inteligencia y respeto sino porque tendrá consecuencias en el futuro al afectar profundamente a la forma en que pensamos y argumentamos.<sup>137</sup> Si una decisión es intolerante, deshonesto o autoritaria, trivializará la experiencia de los que habla y el Derecho también, mientras que si es abierta y generosa, concediendo importancia a los hechos y a las personas de las que habla, dignificará su experiencia y al hacerlo dignificará el Derecho mismo.

Para White, por tanto, el buen estilo, como algo equivalente al buen razonamiento, a la larga conducirá a los mejores resultados. Y esto no de forma automática sino a través del modo en que quedan afectados las imaginaciones, las mentes y los sentimientos de aquellos que viven con el Derecho. Para White la gran cuestión es si el Derecho se moverá en la dirección de trivializar la experiencia humana o él mismo o en la dirección de dignificar a ambos.<sup>138</sup>

#### 4.2.3. El método de las humanidades

Recuperando ahora la pregunta formulada anteriormente ¿cuál puede ser entonces el método para que los abogados y jueces adquieran la confianza necesaria para juzgar la acción social y cultural de un texto? ¿Cómo hacerlo si ellos mismos, sus mentes y sentimientos han sido formados por el lenguaje, las prácticas del Derecho y la cultura en un sentido amplio?

White señala que el método más idóneo para formar la mente crítica y receptiva que el abogado necesita es el de las humanidades.<sup>139</sup> El

---

<sup>136</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, *op. cit.*, pág. 35.

<sup>137</sup> *Ibid*, pág. 41. Seaton, James. "Review of James Boyd White's *From Expectations to Experience*" 13 *Cardozo Studies in Law & Literature*, (2001), págs. 193-201.

<sup>138</sup> *Ibid*, pág. 42.

<sup>139</sup> James Boyd White, "Is Cultural Criticism Possible", *op. cit.*, especialmente págs 1377-1386.

motivo es que este método funciona a través del análisis de los logros intelectuales que, compuestos desde condiciones esencialmente como las nuestras, han quedado preservados para nosotros en los grandes textos del pasado. El autor defiende, pues, que una lectura adecuada de ellos puede hacer que sean textos de nuestro presente también.<sup>140</sup> Sin embargo esta actitud de White hacia ellos se distanciaría de la que el autor señala es característica del mundo y la mente moderna. Para éstos su situación cultural es concebida como única, no admitiendo entonces que puedan existir otros mundos relevantes en los que buscar modelos. Esta mentalidad se ve reforzada por aquellos que consideran que esas grandes obras de filosofía y literatura se encuentran contaminadas por las ideologías dominantes de sus días.<sup>141</sup>

Para White, sí que hay algo que aprender de estos textos, y ello partiendo del presupuesto previo de considerar a sus autores como hombres y mujeres que desde unas circunstancias similares a las nuestras o a las de cualquier lector – en parte formados por los lenguajes y culturas, por las prácticas de la vida social e intelectual que configuraban el mundo que conocieron- rehicieron o reconstituyeron a través de sus composiciones los lenguajes y las prácticas que heredaron y conformaban su mundo. Serían, por tanto, sus luchas con los lenguajes las que podrían hablarnos, en la medida en que nosotros luchamos con los nuestros. Pero para ello es necesario haber recibido una educación que nos haga capaces de escucharles.<sup>142</sup>

Lo primero que tendría que comprenderse es hasta qué punto estas obras están hechas y tratan sobre nuestra situación común, lo cual

---

<sup>140</sup> Podría decirse que, en definitiva, es esto lo que el autor desarrolla a lo largo de toda su obra, una manera de hacer de esos textos del pasado textos de nuestro presente. La lectura que para ello el autor realiza de las distintas obras varía dependiendo del aspecto específico de la enseñanza que en cada una de ellas el autor pretende destacar.

<sup>141</sup> James Boyd White, "Is Cultural Criticism Possible?", *op. cit.*, especialmente págs. 1377- 1380.

<sup>142</sup> Fundamentalmente esto es lo que el autor aporta con sus diferentes seminarios: unas pautas de lectura especialmente adaptadas a lo que White considera que son las verdaderas necesidades de conocimiento del abogado.

significaría entender aquello que, según White, todo artista sabría por la naturaleza de su propio trabajo: que el mundo que vivimos es en gran parte construido por nosotros mismos, que la cultura que nos forma está hecha por nosotros, que estamos inmersos en una conversación constante entre nosotros y el mundo en la que ambos están constantemente rehaciéndose.<sup>143</sup> Esta es la naturaleza de la vida del artista y, como se ha visto extensamente con anterioridad que White defiende, también la de todo ser humano. El abogado, entonces, tendría que saber reconocer este hecho en su vida y en su profesión. Debería comprender o asumir esta situación común con el artista o escritor de incertidumbre y lucha con los lenguajes para que así esos grandes textos literarios puedan decirle algo.<sup>144</sup>

Otro aspecto importante en la actitud de todo lector si quiere aprender algo de estos grandes textos del pasado -de aquellos considerados como bellos, transformadores y merecedores de años de atención- es la de tener una presunción favorable hacia ellos.<sup>145</sup> Esto significaría que ha de colocarse en una posición que le permita ver lo que otros han visto en ellos. Debe asumir que está necesitado de ser educado por otros de quienes tiene algo importante que aprender. Esta actitud hacia la tradición no significa, para White, el considerar su autoridad como definitiva o inapelable, abandonando toda responsabilidad de juicio, sino el tomar conciencia de la necesidad de meditar mucho todo juicio antes de ejercitarlo contra textos que tienen detrás de ellos la autoridad de la tradición.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> James Boyd White, "Is Cultural Criticism Possible?", *op. cit.*, pág. 1379.

<sup>144</sup> Este aspecto de la formación necesario para que el abogado pueda aprender de los grandes textos del pasado se aborda especialmente en la primera parte del *Syllabus*.

<sup>145</sup> Una presunción, sin embargo, como señala White, a menudo no aceptada por aquellos que desde las ciencias ven la historia simplemente como progreso, o por las corrientes de la moderna crítica literaria que elevan al crítico sobre el texto. James Boyd White, "Is Cultural Criticism Possible", *op. cit.*, pág. 1383.

<sup>146</sup> James Boyd White, "Is Cultural Criticism Possible?", *op. cit.*, pág. 1381.

Una de las principales enseñanzas que White destaca del método de las humanidades que resultaría especialmente beneficiosa para el abogado -en cuanto a que constituiría un punto de partida esencial para que pueda realizar correctamente su labor de crítico- es la de que a través del conocimiento de los lenguajes y culturas necesario para poder acceder a los diferentes textos, todo aquello que parece natural –la manera de ver el mundo y hablar sobre él- puede, de esta manera, empezar a ser visto como algo contingente, elegido y, por tanto, sujeto a cambio.

Resultaría, además, un método especialmente adecuado para el tipo de formación en autonomía y responsabilidad intelectual que White reclama para el abogado porque no se buscaría obtener de los textos objeto de estudio certezas ni verdades de tipo científico, sino que la interacción con aquellos se aborda como una conversación, donde cabrían acuerdos y desacuerdos. Se trata de un trabajo experimental y no teórico, en el que lo importante es que la mente conecte con el texto de forma solitaria, siendo siempre uno mismo el último responsable de sus percepciones y juicios. No es posible, como señala el autor, acortar este proceso a través de la lectura de artículos o reseñas donde otros hayan teorizado sobre ellos. Lo natural y determinante es que la atención se centre en la calidad de este proceso de conversación, esto es, en el nivel de apertura que uno tiene, como lector, hacia los puntos de vista del otro así como la voluntad de revisar los suyos propios.

La capacidad de revisar los puntos de vista propios así como la de estar abierto a aprender de los de otros que exige el método de las humanidades sería una condición previa necesaria del abogado y del juez si se quiere que el Derecho cumpla adecuadamente el papel, que White destaca, de ser el medio fundamental donde se articulan y resuelven las cuestiones sociales y éticas más importantes en una sociedad plural como la norteamericana. Y no sólo se estaría refiriendo a los casos de aborto, pornografía, pena de muerte, etcétera, dónde esto se apreciaría más claramente, sino a la casi totalidad de los casos de Derecho. En todos ellos

se plantean, según white, asuntos de comparable dificultad si “el juez y el abogado tienen ojos para verlo”.<sup>147</sup>

Desde este punto de vista es fácilmente comprensible la importancia y utilidad que para el Derecho y la comunidad podría tener el que el abogado y el juez vieran el significado de cada escrito, informe o decisión judicial no sólo como resultados sino como un tipo de respuesta, voluntaria o involuntaria, a la pregunta de cómo debería pensarse sobre ese caso y sobre otros como él en el futuro. Una respuesta adecuada a este interrogante exigiría de ellos que fueran capaces de ser críticos con sus propios modos de pensar, estar dispuestos a reformarlos y mostrarse abiertos a otros. Todo ello sólo es posible si se comprende y acepta la premisa de que lo que parece natural o de una autoridad no cuestionable, la manera en que se ve el mundo y se habla sobre él, es contingente y elegida, condicionada por la cultura y el lenguaje.<sup>148</sup>

Todo lo dicho hasta ahora justificaría la educación en responsabilidad ética e intelectual que White plantea para abogados y jueces y con la que a su vez el Derecho mismo y la más amplia comunidad saldrían beneficiados. Es un tipo de formación compleja que, como se ha visto, sólo podría lograrse a través del método de las humanidades y cuya duración podría llevar toda una vida.<sup>149</sup> Con ella el autor estaría tratando de corregir algunas de las carencias de la enseñanza tradicional, como por ejemplo, la forma en que en ésta se aborda la lectura y crítica de las decisiones judiciales. Esta no es una materia, según White, que pueda dominarse en un solo año de carrera. Su correcto aprendizaje precisaría, como acaba de verse, de mucho más que de la adquisición de unas ciertas habilidades, de información o unos ciertos criterios externos rígidos con los que juzgar.

---

<sup>147</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, op. cit., pág. 46.

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> *Ibid.*, pág. 47. También, en James Boyd White, *Heracle's Bow*, págs. 107-164.

Es importante que se dedique tiempo y esfuerzo a que los alumnos comprendan cómo, en Derecho, pocas cosas se hacen de una forma simplemente correcta o equivocada, y cómo abogados y jueces deben hacer permanentemente elecciones que requieren de ellos un sentimiento de responsabilidad hacia las operaciones de su propia mente y hacia los juicios que uno alcanza, hacia el Derecho mismo, el juez, el jurado, hacia otros abogados a los que se dirige, así como hacia su cliente.

Por otro lado, se estaría poniendo, también, en evidencia, lo insuficiente de una educación únicamente basada en el aprendizaje de un conjunto de normas o lo inadecuado de aquella otra que ve el Derecho como un conjunto de elecciones sociales donde no se tiene en cuenta, como denuncia White, que las cuestiones que se le plantean al abogado no son de pura elección política, sino que lo fundamental de su experiencia es que se enfrenta a una elección limitada por el respeto que debe a las decisiones de otros. Cuáles son estas decisiones, cuánto respeto merecen y por qué, son para White cuestiones fundamentales del pensamiento legal, esenciales para el mantenimiento del Derecho como un sistema de autoridad. Borrarlo, pensando que se trata de asuntos o decisiones políticas, como si no hubiera un contexto de autoridad hecho por otros es, para el autor, destruir la esencia tanto del Derecho como de la educación legal.<sup>150</sup>

---

<sup>150</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, op. cit., pág. 47. El autor trata este aspecto de la formación del abogado especialmente en: James Boyd White, *Acts of Hope*, op. cit. y H. Jefferson Powell and James Boyd White, *Acts of Hope*, op. cit.. En "Law, Economics and Torture" en *Law and Democracy in the Empire of Law*, The University of Michigan Press, 2009, págs. 265-84. White se plantea preguntas acerca de por qué las escuelas de Derecho están tan dominadas por cuestiones de política, con tan poco interés en las actividades lingüísticas de la práctica del abogado y del juez. Por qué se presta tan poca atención a la calidad del pensamiento legal, incluyendo la calidad de las decisiones judiciales. Por qué, de hecho, éstas parecen escritas de una forma muerta y mecánica. Por qué tan pocas protestas ante los esfuerzos que el autor percibe en las administraciones norteamericanas por hacer de la tortura de los sospechosos y prisioneros una parte normal y legal de los asuntos del gobierno. Este artículo, como el propio autor lo define, es más bien un análisis impresionista y personal sobre su experiencia de la cultura política y jurídica norteamericana del momento. Se trata de una reflexión que el autor plantea más que como una afirmación sobre el estado de las cosas, como un conjunto de preguntas ante la amenaza de los cambios que observa se han ido produciendo en un amplio conjunto de fenómenos, como las decisiones judiciales, la enseñanza del Derecho, la práctica legal, las relaciones internacionales, la academia, las deliberaciones del congreso y la cultura de la política contemporánea. Son preocupaciones que el autor comparte con un conjunto de autores cuyos ensayos componen este

#### 4.2.4. La enseñanza interdisciplinar: el Derecho en contexto

Como se decía, White critica la tendencia que percibe, tanto en la academia como en la enseñanza del Derecho, a suplantar el pensamiento legal -la forma característica y esencial que el Derecho tiene de funcionar- por el de las ciencias sociales o por un tipo de discurso puramente político. Las ciencias sociales pueden aportar conocimiento al Derecho. Tienen mucho que ofrecer a éste en cuanto a conclusiones fiables sobre el mundo. Antes de su desarrollo el Derecho tenía que confiar en juicios meramente intuitivos sobre el comportamiento y la motivación humana, así como en la tradición o en la cultura. Con el desarrollo de la psicología, la sociología y la economía, se tiene un conocimiento científico del mundo en el que el poder legislativo y los tribunales pueden confiar para la formulación de normas o juicios. Esto es, según White, completamente inofensivo.

El Derecho puede y debe establecer relaciones productivas con estas disciplinas. Debería aprender todo lo que pueda sobre el mundo de cualquier fuente fiable.<sup>151</sup> Esto no constituye una amenaza para el Derecho sino todo lo contrario, siempre y cuando sea el Derecho, al final, el foro en el que la fiabilidad de las conclusiones de las ciencias sociales sea debatida y determinada. El abogado y el juez deben traducir todo el conocimiento que éstas les aportan a su propio discurso, el del Derecho, y utilizarlo para sus propios propósitos.<sup>152</sup> El proceso de traducción, aplicado al Derecho,

---

libro. Todos ellos, aunque a través del análisis realidades diferentes, estudian cómo su declive o amenaza exponen al Derecho, la política, los ciudadanos, etcétera a lo que denominan “el imperio de la fuerza”, una expresión tomada del intelectual francés Simone Weil y que se refiere fundamentalmente a aquellas formas subyacentes de pensar, hablar e imaginar que se encuentran en diferentes manifestaciones culturales. Todos coinciden en señalar que ni el Derecho ni la democracia pueden sobrevivir donde el imperio de la fuerza domine y por ello todos ellos buscan o proponen un campo dónde sea posible concebir la esperanza de su supervivencia. La manera de White de concebir, a lo largo de sus obras y no sólo en este libro, el Derecho, su práctica y enseñanza puede considerarse, en general, una aportación más en este sentido. Lo que White entiende por “imperio de la fuerza”, su presencia en la cultura y lo que el autor propone para que éste sea reconocido y resistido es tratado con mayor profundidad en: James Boyd White, *Living Speech*, *op. cit.*

<sup>151</sup> James Boyd White, *From expectation to experience*, *op. cit.*, págs. 50 y 51.

<sup>152</sup> James Boyd White, “The Cultural Background of the Legal Imagination”, *op. cit.*, pág. 14. James Boyd White, *From Expectation to Experience*, *op. cit.*, págs. 37 y 38.

sería el arte que permite al abogado aprender de otros campos y disciplinas y hacerlo con conciencia crítica.<sup>153</sup>

Para White, el verdadero interés del trabajo interdisciplinar no consiste, entonces, simplemente, en conocer conclusiones que puedan ser utilizadas por el Derecho sino, más bien, en conocer modos de pensamiento que los abogados o jueces puedan emplear o rechazar. La gran contribución de *Law and Economics*, desde esta perspectiva, sería que ofrece un método de análisis que puede ser de valor pero sólo si sus límites son comprendidos y sujetos a la disciplina del Derecho. La historia, por ejemplo, no sólo ofrecería al abogado un conocimiento del pasado, sino que, igualmente importante para él, lo que le ofrecería o enseñaría es un modo de pensar sobre el pasado. Y lo mismo ocurre, como se verá, con el lenguaje ordinario y la literatura.

White considera que la enseñanza basada en colocar el Derecho en contexto es importante para los abogados. No comparte esa otra manera de mostrarlo en las escuelas de Derecho como si fuera una disciplina aislada de otros lenguajes y frente a aquellos que argumentan que el contexto es el mundo real, White considera que no existe un mundo real que pueda servirnos de contexto sino una variedad amplia de diferentes versiones del mundo. Éste existe para nosotros sólo como algo visto de una forma u otra. Es el proceso por el que creamos y utilizamos esas formas de ver el mundo lo que el jurista debe entonces conocer.<sup>154</sup>

El autor, como se ha visto a lo largo de toda la exposición, explora las posibilidades de ver el Derecho, su práctica y enseñanza desde esta perspectiva y no como una estructura de normas, una ciencia social o como política. Lo que propone es analizarlo y enseñarlo como un lenguaje entre otros y, como tal, con su manera esencial y característica de

---

<sup>153</sup> Este aspecto del aprendizaje, tal y como lo concibe el autor, se trata en profundidad en el syllabus. Ver James Boyd White, *Justice as Translation*, op. cit. y James Boyd White, *Ordinary Language and Legal Language*, op. cit.

<sup>154</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, op. cit., pág. 23.



funcionar, con sus propósitos específicos, sus limitaciones y posibilidades, como un sistema de lenguaje a través del cual se construyen significados en el mundo. En definitiva, como una actividad del lenguaje, la mente y la imaginación.

Esta fue su manera natural de verlo tras sus estudios literarios y un tipo de educación más parecida a la que él recibió. Se trata de un planteamiento más acorde con nuestra manera de relacionarnos con el mundo y existir en él, al estar culturalmente determinados por los lenguajes que heredamos los cuales, a su vez, reconstruimos en parte a través del uso particular que hacemos de ellos. El conocimiento y capacidad crítica respecto de los diferentes lenguajes que heredamos y especialmente, en el caso del jurista, del lenguaje del Derecho, -el conocimiento de sus peculiaridades, propósitos y limitaciones específicas, de hasta qué punto contribuye a la constitución de uno mismo, determinando la manera en que ve el mundo y a los demás, así como la conciencia de que en el uso que se hace él puede contribuir a mejorar o empeorar todo ello- son, para White, cuestiones fundamentales si se quieren corregir determinados aspectos de la cultura en general y de la cultura jurídica y la enseñanza del Derecho en particular que, para el autor, estarían poniendo en peligro el correcto desarrollo del Derecho y la democracia.

## II. El imperio de la fuerza

*Conocer y resistir el imperio de la fuerza  
como condición necesaria para el buen desarrollo  
del Derecho y la democracia*

White señala ciertos aspectos que le preocupan de la cultura de su país, del comportamiento de los juristas y de la ciudadanía a principios del siglo XXI.<sup>155</sup> Entre ellos cabría destacar, por ejemplo: la falta de respuesta

---

<sup>155</sup> Ver en James Boyd White, "Law, Economics and Torture" en *Law and Democracy in The Empire of Law*, op. cit., págs. 265-284.

que el autor percibe por parte de los juristas ante la desigualdad que genera la concentración de riqueza en pocas manos a expensas de la mayoría de la población y, por tanto, la escasa voz que desde el Derecho se está concediendo a los más desfavorecidos<sup>156</sup>; las transformaciones sufridas en el ámbito de la enseñanza del Derecho tan dominada por cuestiones de política y con tan poco interés por la calidad del

---

<sup>156</sup> Ver James Boyd White "Law, Economics and Torture" en *Law and Democracy in the Empire of Force*, op. cit., págs. 265-270 y James Boyd White "How We Should Talk about Corporations" en *From Expectation to Experience*, op. cit. Al autor le llama la atención que esto se esté produciendo sin que haya habido una resistencia efectiva de la mayoría -la gente ordinaria- la cual se encuentra en desventaja por ello y quien, por otro lado, constituye el poder más importante en una democracia. Tampoco se ha observado por parte de las escuelas de Derecho y sus estudiantes muestra alguna de que esto sea un fenómeno que les preocupe. Parece como si en su país no existiera ya ese compromiso con la igualdad que hubo en el pasado, como si a la gente le importaran menos las grandes cuestiones, como si lo que se esperara de sus gobiernos o de la sociedad no fuera igualdad o compasión, o de sus abogados o jueces que hablen seriamente de justicia. Aunque White reconoce sus limitaciones a la ahora de aventurar las posibles razones de este cambio de actitud, sin embargo, cree advertir que podría existir un sentimiento generalizado de impotencia ante una fuerza aplastante. Aunque la concentración de riqueza no sea algo percibido como bueno por la mayoría, ésta lo que sentiría es que no hay nada que hacer, y que, por tanto, su única alternativa es mirar por su propio bienestar, sin hacerse grandes preguntas sobre el Derecho y la democracia.

White reflexiona sobre los motivos de esta actitud y se pregunta si se ha llegado a ella, en parte, a causa del imperio que ha logrado el lenguaje económico en su país. Se trata de un lenguaje que asume que la motivación dominante en la sociedad es el deseo de riqueza y la felicidad, entonces, algo definible en términos de propiedad y consumo. Esta forma de hablar trivializa la imagen de la experiencia humana, ya que tendería a reducir a las personas a meros consumidores. En su opinión, la generalización de este lenguaje no sería algo apropiado en un sistema democrático, el cual exige de los gobiernos y de los ciudadanos capacidad de juicio, responsabilidad, acción y no mero consumo.

Por otro lado, esa sensación de impotencia y falta de compromiso podría tener que ver con el hecho de que la economía de consumo tiene el efecto de crear poder en forma de riqueza. Según afirma el autor, gran riqueza da gran poder, uno cuya retórica habla en ocasiones del gobierno como enemigo y cuya guía y legitimidad no son el Derecho y la democracia. Aunque este tipo de poder utiliza el argumento de que su control es el de la disciplina del mercado -un tipo regulación, como ellos defienden, más eficiente y justa que la que se produce a través del Derecho-, White considera que en el mercado no tienen cabida las instituciones a través de las cuales el gobierno actúa, ni el tipo de pensamiento, argumentación y deliberación pública por los que estas instituciones funcionan. Además no se rige por el principio de una persona un voto y carece de controles que pongan freno a una expansión económica ilimitada que pueda poner en peligro el planeta del que dependemos, dado que su objetivo es extraer el mayor beneficio económico posible de la tierra, los océanos, el aire y del trabajo de las personas. Como se trata, en definitiva, de una transferencia de poder de un gobierno democrático responsable a un régimen sin ninguna legitimación democrática en absoluto, el mercado no debería ser nunca el sustituto de un gobierno democrático.

Sin embargo, esto es, precisamente, lo que perciben los ciudadanos y el posible motivo de su sentimiento de impotencia: la existencia de un poder, una realidad política, en la que gente no elegida gobierna sus vidas. Pero White va algo más allá y señala que ese poder, al que califica de "imperio",<sup>156</sup> ha captado a muchos de los ciudadanos que, sin embargo, podrían ser sus críticos.<sup>156</sup> La razón podría ser que muchos se benefician de alguna manera de las mismas políticas por las que se enriquecen los súper ricos. White denuncia que el riesgo grave de todo esto es que no exista casi voz en este mundo para los más desfavorecidos.

pensamiento legal; La baja calidad de las decisiones judiciales, las cuales, según él, parecen escritas de una forma muerta y mecánica;<sup>157</sup> la falta de respuesta activa por parte del Derecho ante los esfuerzos que el autor percibe en las administraciones de principios del siglo XXI por hacer de la tortura de los sospechosos y prisioneros una parte normal y legal de los asuntos de gobierno; la autoridad que se está concediendo dentro del Derecho a un determinado tipo de análisis ante asuntos como este.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> En *Law and Democracy in the Empire of Force*, op. cit., págs. 270 y ss White señala otros fenómenos que observa y que podrían estar o no relacionados con el anterior como el descenso de calidad que White aprecia en las decisiones de la Corte Suprema de los últimos años del pasado siglo y comienzos del actual, especialmente, si se comparan con aquellas otras de hace cuarenta o cincuenta años de jueces como Black, Frankfurter, Douglas, Clark, Warren, Harlan, Brennan Stewa y White. O el cambio experimentado, al que se ha hecho ya alusión anteriormente, en el ámbito de las escuelas de Derecho, las cuales, según White, están lejos de parecerse a las que él conoció, asemejándose, cada vez más, a *Think tanks* o institutos de políticas públicas.

El autor, como ya se ha visto en varias ocasiones, critica especialmente la tendencia que percibe dentro de la academia hacia lo que es denominado como "*Law and Economics*" y señala el peligro que puede suponer para el Derecho y la democracia el que disciplinas como la sociología o la economía sean adoptadas por los juristas sin ninguna visión crítica, sin tener en cuenta que, aunque con mucho que aportar, no pueden resolver las cuestiones fundamentales y distintivas del Derecho, como la identificación y significado de los textos de autoridad y el grado de respeto que se debe a los juicios hechos por otros. White considera esencial que los textos que el Derecho invoca como autoritativos y a los cuales los jueces y abogados prestan respeto y deferencia, descansen en la autoridad de instituciones democráticas, ya que el reconocimiento de su valor y el funcionamiento del Derecho a través de ellos, supondría una afirmación de la democracia. Desconsiderar esta estructura de autoridad y reemplazarlo por una teoría ya sea filosófica, política o económica es, para el autor, un ataque a la democracia en su raíz.

El motivo es que en el mundo de la teoría lo correcto del resultado o de una interpretación dependería de su congruencia con la teoría en cuestión y ésta no tiene por qué estar basada en una autoridad democrática sino en los compromisos de aquellos que está persuadidos por ella, esto es, la comunidad de creyentes. El autor pone de manifiesto, entonces, el riesgo que puede suponer la influencia de este tipo de teorías interpretativas que prescinden de los procedimientos del Derecho - como lo sería el de su vinculación a otros textos- y, con ello, de una garantía esencial para el cumplimiento de principios fundamentales de la democracia.

Es por tanto especialmente necesario y oportuno que los juristas reciban una formación adecuada en la lectura de los textos autoritativos del pasado, en identificar cuáles son, la cantidad de respeto que merecen y por qué. Con ello no sólo se estaría garantizando la propia existencia y continuidad del Derecho sino, también, la supervivencia de la democracia.<sup>157</sup> Y ello debería hacerse no desde la perspectiva de que el Derecho es un sistema cerrado, sino abierto a muchos otros lenguajes, de los cuales puede y es su obligación enriquecerse. Esto exigiría, a su vez, el encontrar una forma adecuada de afrontar la tensión entre el funcionamiento característico del Derecho a través de los textos a los que se ha concedido autoridad y el conocimiento de valor que pueden aportarle otros lenguajes, como el lenguaje ordinario o el de otras disciplinas, como el de la economía, la ingeniería, la sociología, la psicología o la medicina.

<sup>158</sup> *Ibid.* Finalmente, otro de los aspectos a los que se hará referencia, ya que White lo menciona como un ejemplo más de un fenómeno preocupante que atenta contra los principios más básicos de la

El diagnóstico de White es que detrás de todo esto, lo que todas estas realidades estarían poniendo de manifiesto, es que “el Derecho mismo se podría estar convirtiendo en un instrumento del imperio y, en este proceso, estaría perdiendo su carácter esencial”.<sup>159</sup>

El significado de la palabra “imperio” o “imperio de la fuerza”, tal como la utiliza White, estaría inspirada en la frase “*No one can love and be just who does not understand the empire of force*” que la autora Simone

---

democracia, es el alto nivel de aceptación que el autor percibe en su país hacia algo tan intolerable en una democracia como es la tortura. En concreto, el autor se refiere a la falta de respuesta en la sociedad en general y en el ámbito jurídico en particular, ante los esfuerzos que se estarían haciendo para su legalización, para que sea parte de los asuntos del gobierno y, ello, reivindicando la autoridad del Derecho. El autor analiza este hecho y advierte que en los argumentos esgrimidos por aquellos que tratan de justificar esta actitud se ha abandonado, una vez más, la forma de hablar característica y esencial del Derecho en favor de otros lenguajes, como por ejemplo, el lenguaje de la publicidad y la propaganda. El efecto de estos lenguajes y la aceptación de su utilización para hablar de cuestiones como la tortura se habría visto reforzado por el miedo tras los acontecimientos del 11-S. White considera que la retórica que ha utilizado este tipo de lenguajes al hablar de la tortura establece de antemano -a la vez que potencia- una línea divisoria amigo-enemigo, entre nosotros, la buena gente que ha recibido un trato agresivo e injustificado y aquellos cuya tortura se está cuestionando. El autor considera que esta forma tan extendida e inadecuada de hablar induciría, en el caso de la tortura, a no tener motivos para preocuparse por lo que le pueda estar ocurriendo a ese enemigo y, por tanto, a no considerar cuestiones que son fundamentales en el ámbito del Derecho, como que se trata de seres humanos, algunos, ciudadanos americanos que han sido seleccionados para la tortura no siempre por un proceso infalible que les identifique sin error, o la importancia que tiene el que alguien asuma, claramente, la responsabilidad de haber tomado esas decisiones.

Otra de las formas más extendidas y con mayor aceptación de hablar de la tortura sería la que White observa en aquellos que, en el equilibrio de intereses, conceden un valor absoluto y supremo a uno de ellos, en este caso, la seguridad nacional. Este valor suprimiría todos los demás y es una frase que se ofrece como un “ácido universal que borra todo, excepto el miedo que estimula”. Para el autor, todas las prácticas abusivas e inhumanas sobre la pretensión de la seguridad nacional requieren o tienen detrás la lógica del análisis coste-beneficio. White denuncia que pese a la irracionalidad de aplicar este tipo de análisis a asuntos como éste, sin embargo, se propone como una lógica más racional y, por tanto, como alternativa al razonamiento jurídico. Son graves para el autor los riesgos que pueden derivarse de prescindir de las preguntas esenciales del Derecho, de su modo característico de razonar en favor de otros análisis, como el análisis coste-beneficio, y más en asuntos como de la tortura, dónde no se tendrán en cuenta, entonces, cuestiones como la realidad misma de la tortura, como el mal que ésta puede ocasionar a los torturadores y a los torturados, o quién determina su necesidad, bajo qué procedimientos y sujetos a qué crítica. Todo dependiente, únicamente, de “los costes percibidos por el agente u oficial superior que desde su oficina ordena la tortura”. Para el autor, se trata de una forma de pensar que no sólo justificaría la tortura sino que podría justificar cualquier cosa al prescindir de la protección que proporcionan las normas y el modo de proceder y razonar que es inherente al Derecho.

<sup>159</sup> *Ibid*, pág. 175.

Weil emplea en un ensayo sobre la *Iliada*.<sup>160</sup> Con ella ambos se refieren a aquellas formas de poder que reducen a los otros a meros objetos, que niegan su igual derecho a demandar una vida de significado y realización. Bajo esta expresión no sólo cabrían la fuerza o el poder físico o militar utilizado por aquellos que están inmersos en prácticas de guerra<sup>161</sup>, sino también las fuerzas o poderes psicológicos, emocionales e ideológicos con los que convivimos incluso en tiempos de paz. Este tipo de poder estaría presente en las mentes de sus agentes o servidores y en las de los que lo apoyan, en cada uno de los que no se oponen a él, que no lo entienden y no saben cómo no respetarlo y se haría patente siempre que en nuestras formas de expresión nos estuviésemos negando unos a otros una común y completa humanidad.

White sitúa entonces la posible respuesta ante nuestra participación en los sistemas de deshumanización que forman parte de nuestro mundo, de nuevo, en nuestra lucha con los diferentes lenguajes.<sup>162</sup> Éstos, como ya se ha visto anteriormente, son hechos por otros, están comprometidos con una forma de ver el mundo, de describirlo y juzgarlo y, por tanto, llevan consigo unos determinados hábitos de la mente y unos valores. Lo importante es entonces atender a la manera en que estos lenguajes imaginan el mundo y las personas que lo habitan. Hay que saber distanciarse de ellos, verlos con objetividad y observarlos con mirada crítica. Se trata de una actitud y un aprendizaje fundamentales si se quiere articular una respuesta o resistencia hacia las posibles fuerzas deshumanizadoras que puedan esconderse tras ellos. El peligro es que

---

<sup>160</sup> James Boyd White, "Free Speech and Valuable Speech: Silence, Dante, and the Marketplace of Ideas", *op. cit.*, pág. 779. Respecto al ensayo de Simone Weil ver: Simone Weil, "L'Illiade, ou le poème de la force", en *Cahiers du Sud* (Diciembre de 1940- Enero de 1941).

<sup>161</sup> James Boyd White, *Living Speech*, *op. cit.*, pág. 5

<sup>162</sup> *Ibid*, pág. 7-8.

estos lenguajes configurarán, aún de forma inconsciente, nuestra manera de observar el mundo, a nosotros mismos y a los demás en él.<sup>163</sup>

Para White, como ya se ha visto, es a través del uso que hacemos del lenguaje como revelamos la naturaleza de nuestros procesos de la mente y la imaginación, estableciendo siempre una identidad para nosotros mismos y para los demás en la relación que establecemos con ellos. La forma en que nos expresamos, en que utilizamos los lenguajes que tenemos disponibles, supone siempre una actuación sobre nuestra cultura en este sentido, para bien o para mal. Desde esta manera de concebir lo que supone todo uso del lenguaje, White reflexiona sobre la posibilidad de encontrar en general y de forma específica en el Derecho, modos de hablar y de expresarse que insistan en la libertad y la responsabilidad del que lo hace, en el respeto a la humanidad y la experiencia de otras personas.<sup>164</sup> De esta manera se podría contribuir a la formación de una cultura que realce y mejore la dignidad humana y se libere de esos tipos de pensamiento o modos de expresión manipuladores, muertos o sentimentales a través de los cuales se propaga el imperio de la fuerza. A través de ellos se estaría negando el verdadero valor de nosotros mismos, de otras personas y de una vida compartida.

---

<sup>163</sup> Una formación sobre estas cuestiones es abordada por el autor, especialmente, en *The Legal imagination*, *op. cit.*

<sup>164</sup> Esto constituye una parte fundamental y esencial de la formación que el autor propone para el jurista. En el *syllabus* se puede apreciar cómo el autor aborda esta misma cuestión desde diferentes perspectivas y así, por ejemplo en *When Words Lose Their Meaning*, *op. cit.*, la atención se centraría fundamentalmente en apreciar la identidad que uno se da a sí mismo y necesariamente da a los demás en los usos del lenguaje, así como la actuación sobre la cultura que siempre lleva consigo todo uso del lenguaje, algo que precisaría, a su vez, de capacidad de juicio respecto de la herencia cultural, una cuestión que el autor aborda, principalmente en *Acts of Hope*, *op. cit.* En *The Edge of Meaning*, *op. cit.*, la atención se centraría en la necesidad del abogado y del juez de tener, como escritor, una imagen propia del mundo, de nosotros mismos y los demás dentro de él y en *Living speech*, *op. cit.* en la de desarrollar una forma de hablar que el autor denomina “*living speech*”, como contrapuesta a los lenguajes mecánicos y muertos donde White señala que se esconde el imperio de la fuerza.

---

## Sección 2: Syllabus

---

*"Students seek out good teaching to learn not the rules but the culture, for the rules are everywhere the same".<sup>165</sup>*

### I. Cuestiones preliminares

#### 1. Qué pueden aprender el abogado y el juez de la literatura

Hasta este punto se ha expuesto la justificación y la posible utilidad de considerar el Derecho como un lenguaje entre otros a través del cual se construyen significados en nuestro mundo, un sistema de significado que puede contribuir a mejorar o empeorar nuestra cultura, nuestra manera de ver el mundo, a nosotros mismos y a los demás dentro de él, a trivializar o dignificar la experiencia humana y el Derecho mismo.

Esta concepción del Derecho tendría consecuencias en su práctica y enseñanza. El abogado necesitaría también de algunas de las habilidades generalmente atribuidas o identificadas con el escritor y crítico literario. Debe saber utilizar bien su lenguaje, ser capaz de comprenderlo y criticarlo. El camino más adecuado, según White, para aprender sobre estas cuestiones -considerando que los abogados y estudiantes son sujetos culturales conformados por los lenguajes y la cultura que deben utilizar y criticar- es el de hacer que los abogados fijen su atención en lo que ya dicen y hacen, comparando su propio lenguaje con otros, estudiando lo que otras formas de expresión que buscan crear significados hacen o han hecho. El objetivo es que de esta manera lleguen a comprender, admirar o desaprobar la forma en que otra mente ha transformado su lenguaje en una composición y ha establecido una comunidad con su lector. Sabiendo entonces que el abogado tendría algo

---

<sup>165</sup> James Boyd White, "Law as Language: Reading Law and Reading Literature", *Texas Law Review*, 60 (1982), 437.

que aprender de otros modos de expresión que buscan crear significados, la siguiente cuestión que podría plantearse es:

¿Qué es lo que el abogado podría aprender, en concreto, de la literatura?

La respuesta que da White a esta pregunta constituye la segunda parte de esta exposición, la cual recibe el nombre de *syllabus*. Con la elaboración de éste se ha tratado de conformar un programa que contuviera las principales obras literarias escogidas por el autor, su método de lectura, así como la explicación de lo que puede aprenderse con ellas. No obstante, a continuación se plantearán algunas cuestiones de carácter más general que, al igual que los presupuestos anteriores, pueden hacer más fácilmente comprensible el tipo de propuesta que sobre “Derecho y literatura” elabora el autor.

La primera de estas preguntas podría ser: ¿Por qué la literatura?

La respuesta a este interrogante, en el caso de White, tendría en parte que ver con el hecho de que este autor recibió una formación literaria previa al Derecho. Como él mismo explica enseguida comprobó durante su etapa de estudiante y después como abogado la utilidad de su experiencia con los textos literarios: el valor de estar acostumbrado a una lectura atenta, de argumentar por un significado frente a otros y, sobre todo, de saber ver en la expresión oral y escrita actuaciones de la mente y la imaginación que podían estar bien o mal hechas.<sup>166</sup>

---

<sup>166</sup> James Boyd White, “The Cultural Background of The Legal Imagination”, *op. cit.*, pág. 14. Con ello se pondría de manifiesto que la propuesta de White no surge tan sólo de unos presupuestos teóricos sino que, la base de éstos y, por tanto, de la propuesta misma, se encontraría, en parte, en la propia experiencia personal del autor. Este planteamiento resultaría coherente con lo que, para White, son las verdaderas circunstancias de nuestra existencia, unas en las que sería nuestra propia experiencia y aprendizaje, lo que podríamos ofrecernos y enseñarnos unos a otros. El expresarse desde esta perspectiva sería, para White, un rasgo de la honestidad y franqueza que exigen las circunstancias de incertidumbre en las que vivimos, algo que el autor practica a lo largo de sus obras. Podría ser, por tanto, inexacto o desacertado hacer una exposición del autor en la que un aspecto como este no quedara reflejado. Sería mostrarlo cayendo en el error sobre el que él alerta y trata de combatir en sus escritos y que se refiere a aquellas formas de expresión que, en defensa aparentemente de una idea, sin embargo, utilizan un lenguaje, un estilo, una manera de expresarse o argumentar que estarían negando



Hubo para él desde el principio una conexión natural entre la actividad de leer textos literarios y la práctica del Derecho.<sup>167</sup> Su formación literaria previa le hizo visible, en sus comienzos en el Derecho, cómo la vida práctica del abogado consistía, en gran parte, en la de un profesional al que se le pedía una y otra vez que abordara una cuestión literaria, la de dar un significado y hacerlo bien acerca de la experiencia del cliente, los testigos o de la parte contraria, de un testimonio o de una palabra o frase en un contrato, así como del conjunto de documentos, principios y leyes que conforman lo que denominamos Derecho.<sup>168</sup>

De igual manera que durante su formación literaria aprendió a juzgar la calidad de un poema o una novela analizando las actuaciones de la mente y de la imaginación que se desprendían de su expresión, en los tiempos en los que estudiaba en la escuela de Derecho, también apreció que se les enseñaba a ver las diferencias entre el buen y el mal abogado de una forma parecida. Éstas, como White explica, a él se le hacían patentes en lo que los abogados realmente decían, en la manera que pensaban y expresaban esos pensamientos en los textos que producían.<sup>169</sup> Y ello porque pronto percibió que en Derecho, gente buena y decente podía estar razonablemente en desacuerdo sobre un resultado y que, por tanto, la excelencia en la práctica tanto del abogado como del juez en los textos que producen, no tenía tanto que ver con un resultado correcto o incorrecto, sino con la calidad en la forma o estilo, entendiendo por ello el proceso de pensamiento e imaginación que conduce a unas conclusiones.<sup>170</sup>

---

la idea misma. En definitiva, podría decirse que White practica lo que predica en sus modos de expresión y, por tanto, la importancia que se concede en esta exposición a la experiencia del autor como fuente de su propuesta sería deliberada, en cuanto que es algo que se aprecia en todos los escritos de White en la manera en que el autor los expresa.

<sup>167</sup> La visión que el autor trata de destacar del Derecho y su práctica tendría, por tanto, mucho que ver con la que él experimentó, de forma natural, tras su formación literaria.

<sup>168</sup> James Boyd White, "The Cultural Background of the Legal Imagination", *op. cit.*, pág. 16.

<sup>169</sup> *Ibid*, pág. 14.

<sup>170</sup> *Ibid*, pág. 17.

El autor propone una enseñanza del Derecho que se interese por la excelencia del pensamiento y la expresión. Como se ha visto en el epígrafe dedicado a la enseñanza del Derecho, la pregunta que surgía entonces era la de cómo hacer ésto, cómo abordar la formación en las actividades de la mente, la imaginación y el lenguaje necesarias para que el abogado y el juez realicen correctamente su trabajo. La propuesta de “Derecho y literatura” de White constituye una respuesta explícita a esta pregunta.

La respuesta que se daba, según White, en la facultad de Derecho en la que él estudió era la de que se aprendían con la práctica, haciéndolas. Sin embargo, el autor considera que es necesario y podría ser interesante ir más allá, de manera que fueran estas actividades mismas objeto de atención, reflexión y estudio. Esta es la empresa que el autor se propuso con su primera obra “*The Legal Imagination*”<sup>171</sup> y, en definitiva, como se podrá apreciar más adelante, con el resto. Si lo más importante para el éxito del abogado es saber cómo pensar bien, lo cual, como se ha visto, significa utilizar bien el lenguaje, lo natural sería que éste comparara su actividad con otras donde pudiera encontrar ejemplos de gran éxito. El propósito de esta comparación sería, entonces, el de mejorar esas capacidades de la mente y el lenguaje del abogado de forma que ello pudiera terminar afectando a todo lo que hace.<sup>172</sup>

La explicación a la eficacia de este proceso se encontraría en que siempre que uno lee lleva consigo un conjunto de recuerdos que le estarían sirviendo de ayuda para entender y estructurar su propia experiencia. Según explica el autor, es esta nuestra manera de vivir la vida y nuestras relaciones sociales. En ellas sabríamos leer los diferentes gestos y actuaciones siempre frente al *background* de gestos y actuaciones

---

<sup>171</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, op. cit. James Boyd White, “The Cultural Background of the legal Imagination”, op. cit., pág. 18. White, en *The Legal Imagination* compara constantemente el lenguaje del Derecho con otros textos y discursos. Es éste para el autor el mejor procedimiento para comprender las características del lenguaje legal, para adquirir un sentido tanto de sus límites como de sus recursos de significado y acción.

<sup>172</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, op. cit., pág. 65.

previos desde los cuales adquirirían su significado, “¿Cómo sabríamos entonces qué significa que una persona nos extienda la mano?”<sup>173</sup>

Esta sería la manera en que la literatura podría actuar en nuestras vidas, como personas y abogados y la forma en que el propio autor experimentó que actuó en él. En este sentido, White explica cómo él se encuentra a menudo dirigiéndose a Jane Austen, Dickens u Homero cuando trata de comprender, explicar y dar forma al mundo que habita. Podría decirse que este es el sentido en el que el autor entiende que nuestras lecturas podrían constituir “un equipamiento de vida”.<sup>174</sup>

La pregunta que inevitablemente surge ahora, como personas y especialmente como abogados es:

## **2. ¿Cuál podría ser la literatura más adecuada para el abogado?**

Como podrá apreciarse más adelante en el *syllabus*, White recurre, sobre todo, a la alta literatura occidental. Se dirige a ella no porque estas obras formen parte de algo llamado “canon” sino porque se trata de textos que fueron de extraordinario valor para él, como lo han sido también para otros muchos, lo cual explicaría por qué han sido leídos una y otra vez.<sup>175</sup> De esta forma, la selección de textos literarios que hace el autor para la formación de los abogados, respondería a su propia educación y gustos pero, como él mismo advierte, otros textos podrían servir. White espera que sus lectores construyan su propio conjunto de textos, sus propios estándares de interés.

Con el estudio de las obras escogidas, White pretende mostrar que prestar atención a estos textos en concreto y de la forma propuesta por él, supone una educación que puede informar nuestras vidas, incluyendo

---

<sup>173</sup> *Ibid*, pág. 154.

<sup>174</sup> *Ibid*. White se refiere a la expresión “*Equipment for life*” de Kenneth Burke.

<sup>175</sup> *Ibid*, pág. 155. James Boyd White, *Acts of Hope*, op. cit., pág. 80.

nuestras actividades prácticas y profesionales. Quedaría así demostrado que estos textos pueden continuar teniendo valor en nuestro mundo, y no sólo como experiencias estéticas.<sup>176</sup>

La idea que algunos tienen de que de la literatura algo podría aprenderse como personas pero no como abogados, -la cual podría subyacer a la pregunta que se mencionaba al principio de la exposición: ¿Qué puede tener que ver la literatura con el Derecho?- supondría, para White, una idea equivocada de nosotros mismos y del Derecho, ya que, como se ha visto que el autor trata de combatir a través de su idea de “integración”, sugeriría que la actividad de los abogados y jueces es una mera técnica no afectada por nuestras creencias más profundas, que no tiene en cuenta los aspectos más significativos de uno mismo.<sup>177</sup> White propone romper con esta visión extendida, falsa y poco productiva de segmentación de nuestra propia experiencia y de la cultura,<sup>178</sup> algo que a su vez explicaría el hecho de que más que de “Derecho y literatura” (una expresión que podría sugerir de nuevo tal segmentación) el autor prefiera hablar, como se verá a continuación de “Derecho como literatura”.<sup>179</sup>

### 3. El Derecho como literatura

Como se decía, para White, una característica fácilmente apreciable de nuestra vida moderna es la tendencia a dividir nuestra experiencia en compartimentos separados, aislados unos de otros, sin que participen de una unidad más amplia que les confiera sentido.<sup>180</sup> Este es, precisamente, el modo de proceder típico de las ciencias especializadas, las cuales aíslan

---

<sup>176</sup> *Ibid*, pág. 310.

<sup>177</sup> White, como se ha visto, en su análisis de la actividad del abogado, se esfuerza precisamente en demostrar hasta qué punto esto no es así. James Boyd White, *From Expectation to Experience*, *op. cit.*, pág. 56.

<sup>178</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, *op. cit.*, especialmente págs. 3-20.

<sup>179</sup> James Boyd White, *From expectation to Experience*, *op. cit.*, pág. 59.

<sup>180</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, *op. cit.*, pág. 3.

los fenómenos que estudian para su mejor observación y análisis. Lo que ha ocurrido, según el autor, es que esta forma de proceder se habría generalizado, influyendo en la propia organización de las universidades. En ellas cada rama del saber funciona interesándose sólo por sus pautas de validez y su lenguaje, prescindiendo de toda conexión con la cultura como totalidad significativa.<sup>181</sup>

La posición de dominio del paradigma científico habría llegado a afectar a la forma de establecer y concebir la relaciones entre disciplinas, cuya manera de proceder entre ellas se reduciría, básicamente, a dos sistemas: *findings y methods*.<sup>182</sup> La asunción, respecto al primero de ellos, sería que las conclusiones de un campo estarían siempre disponibles para ser utilizadas por otros. En el segundo, no serían las conclusiones sino su método lo que cabría trasladar de una disciplina a otra. White, sin embargo, defiende una manera de ver cada uno de los diferentes campos y disciplinas que haría imposible o no interesante esta forma de establecer relaciones entre ellos. Para el autor, cada uno descansa en una imagen precisa del mundo de la cual emanarían sus conclusiones, sus propósitos, sus cuestiones principales y sus métodos. Desde esta perspectiva, lo interesante no sería perseguir o apropiarse de conclusiones ajenas, sino tratar de aprender el lenguaje de cada imagen del mundo que subyace en otras disciplinas, esto es, conocer el procedimiento por el que en ellas se llegan a determinadas conclusiones. El autor hace la misma observación crítica respecto al traslado de los métodos de una disciplina a otra, refiriéndose a aquellos investigadores que, por ejemplo, toman el método de la crítica literaria o del análisis económico y lo aplican, sin más mediaciones, al ámbito del Derecho, practicando una mera traslación de

---

<sup>181</sup> *Ibid*, págs. 3-12.

<sup>182</sup> *Ibid*, pág. 13.

un método que ha sido útil en un lugar a otro que no es el propio, pretendiendo que ello es posible sin ninguna transformación.<sup>183</sup>

Para White, la aplicación de estos modelos respondería a una visión científicista del mundo y se trataría de formas de proceder que no sólo serían contradictorias con nuestra experiencia con el lenguaje, el aprendizaje y el habla, sino que estarían creando una imagen incoherente de nuestra vida colectiva e intelectual. La imagen de ésta, por el contrario, que ofrece el autor, como más racional con las condiciones reales de nuestra existencia y, por tanto, capaz de hacer posible el enriquecimiento auténtico entre disciplinas, sería la de considerarla como una comunidad integrada por grupos de gente, los cuales, se definirían y diferenciarían por su distinta manera de hablar del mundo.

El trabajo interdisciplinar y, en concreto, el que el autor propone entre el Derecho y la literatura no consistiría, entonces, en mirar a otra disciplina, la literatura, en busca de conclusiones sobre el mundo o métodos de crítica literaria que puedan tomarse prestados sin más. Tampoco sería acertado acudir a ella como si fuera un lugar en el que sea posible encontrar argumentos sobre lo deseable de una norma sobre otra o como un material que el Derecho pueda utilizar como una fuente de autoridad.<sup>184</sup> No es correcto pretender encontrar en ella respuestas a preguntas explícitas sobre Derecho, ni ideas o proposiciones para ser invocadas en un argumento, ni métodos de análisis para ser transportados sin más al Derecho. Para él, esto sería tan absurdo como pensar que uno lee un código de leyes o una decisión judicial con las mismas expectativas que lleva a la lectura de una obra de Sófocles o de Jane Austen. Las

---

<sup>183</sup> *Ibid, op. cit.*, págs. 14-15, ver también en “Establishing Relations Between Law and Other Forms of Thought and Language”, *op. cit.*, págs. 15 y ss.

<sup>184</sup> James Boyd White, “Establishing Relations Between Law and Other Forms of Thought and Language”, *op. cit.*, pág. 15.

cuestiones legales, para White, deben siempre responderse con los métodos o materiales del Derecho.<sup>185</sup>

El autor plantea algo diferente que iría más allá de conectar ambas disciplinas. Propone, en definitiva, lo que él de forma natural experimentó, esto es, poner juntas ambas disciplinas y, al hacerlo, mirar al Derecho desde la literatura y a ésta desde el Derecho, y al tener las dos en mente, ver la transformación que se produce en ambas. Y es que, según el autor, este sería un momento en el que una y otra se manifestarían similares en aspectos que quizás no se habrían podido imaginar antes, generándose, entonces, una conciencia o sentimiento integrador respecto a ambas actividades que haría posible una comparación entre ellas de la que las dos podrían aprender.

Al comparar las actividades de la mente y del lenguaje que se llevan a cabo en el Derecho con otras, en concreto, con las de la literatura, el abogado podría adquirir, según White, una mayor conciencia de lo que realmente hace y criterio para juzgarlo, en definitiva, la capacidad para hacerlo de una manera más efectiva, completa e inteligente, con un mayor sentido intelectual y ético.<sup>186</sup> Es así como se haría patente entonces, según White, lo enriquecedor de hacer uso de dos lenguajes a la vez, de dos sistemas de discurso, de dos conjuntos de preguntas, métodos y motivos.<sup>187</sup>

La literatura no proporcionaría a los abogados una información que éstos puedan utilizar, sino una forma de pensar sobre las actividades de la mente y el lenguaje en las que los abogados y los jueces están inmersos. Esta fue la experiencia del autor, como se ha visto, y lo que marcó el origen de su investigación en este campo. Es lo que provocó que comenzara a preguntarse y pensar sobre las posibilidades y beneficios que

---

<sup>185</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, op. cit., pág. 64.

<sup>186</sup> James Boyd White, "Establishing Relations Between Law and Other Forms of Thought and Language", op. cit., pág. 15.

<sup>187</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, op. cit., págs. 18-20.

podría reportar al Derecho, su práctica y enseñanza, el considerarlo como un tipo de literatura.<sup>188</sup> Su investigación parte entonces de un sentido integrador de ambas disciplinas de manera que, al ponerlas juntas y desde las similitudes que emergen entre ambas, se transforme nuestro sentido del Derecho. Este será visto como un arte compositivo, desde el que la comparación con otros artes será entonces posible y enriquecedora.

Ver los textos del Derecho como un tipo de literatura, supondría asumir que aquellos tienen siempre lugar en contextos culturales, los cuales son reflejados, confirmados o transformados en ellos. Que son escritos en un lenguaje, el cual supone siempre compromisos con visiones del mundo –de uno mismo, del lector, de otros– con los que el escritor debe, de alguna manera, llegar a un acuerdo. Que cada texto es radicalmente social en cuanto a que define a una persona que habla, una audiencia y una relación entre ellos, así como a otros como potenciales lectores u objetos del discurso. Esto significaría que todo texto sería a la vez una actuación ética y cultural, tanto si el escritor lo sabe como si no y que, por tanto, pueden ser juzgados como tales.<sup>189</sup>

Y es que, para el autor, el verdadero texto literario, tanto si es en forma de novela, de una obra de teatro, de filosofía o historia, de un ensayo moral o político, de una decisión judicial o un texto de la vida ordinaria, es aquél que es más consciente de estas circunstancias y las trata más completamente.<sup>190</sup> Desde este punto de vista, sobre lo que realmente podría enseñar la literatura es sobre una manera de leer, que se convierte en una forma de escribir también y no sólo literatura sino todo tipo de textos y expresiones: una manera de centrar la atención en el

---

<sup>188</sup> James Boyd White, *When Words Lose Their Meaning*, op. cit., Prefacio; *Heracles's Bow*, op. cit., págs. 166 y ss.

<sup>189</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, op. cit., pág. 59.

<sup>190</sup> *Ibid.*



lenguaje que usamos, en las relaciones que establecemos y en la definición de uno mismo y del otro contenida en una expresión.<sup>191</sup>

La literatura no es, entonces, para el autor, un artefacto meramente estético destinado al consumo, sobre nada importante salvo el placer que produce<sup>192</sup> y, por tanto, aparentemente contrario al Derecho,<sup>193</sup> sino que, para él, **la literatura es**,<sup>194</sup> o puede ser, una poderosa forma de pensamiento y educación acerca de las cosas más importantes de la vida. Los grandes textos literarios ofrecen la posibilidad de una conexión con el pensamiento humano trabajando de la manera más profunda y mejor sobre las cuestiones más importantes de nuestras vidas individuales y colectivas. En las obras que White admira, como las de Virgilio, Shakespeare, Jane Austen o Robert Frost, lo que el autor encuentra es gente hablando lo mejor que puede sobre aquello que era más importante para ellos, haciendo frente, constantemente, a sus propios límites de perspectiva, de conocimiento, de sus mentes y lenguajes.<sup>195</sup> Leer estos textos de esta manera fue para el autor una escuela sobre pensar bien, leer bien, escribir bien, y siempre sobre las cuestiones que más importan de la vida humana.<sup>196</sup> White plantea si algo así podría decirse también del Derecho. Los textos jurídicos hablan sobre cuestiones que nos importan ¿hasta qué punto deberían reflejar, también, esa misma conciencia con respecto a los límites que sería propia de los verdaderos textos literarios?<sup>197</sup>

---

<sup>191</sup> *Ibid*, pág. 60.

<sup>192</sup> James Boyd White, "An Old Fashioned View of the Nature of Law", *op. cit.*, pág. 381.

<sup>193</sup> Una idea, para White, equivocada de la literatura que explicaría también la pregunta con que se comenzaba la exposición: ¿Qué puede tener que ver la literatura con el Derecho?

<sup>194</sup> White se refiere a las grandes obras que forman parte de la tradición occidental.

<sup>195</sup> James Boyd White, "An Old Fashioned View of the Nature of Law", *op. cit.*, pág. 383.

<sup>196</sup> *Ibid*, pág. 384

<sup>197</sup> *Ibid*, pág. 384.

El esfuerzo de este autor, entonces, se orienta, en gran parte, a romper con la visión segmentada y fragmentada de nuestras mentes, del mundo y de la cultura, la cual explicaría, en gran medida, el desconcierto que reflejaba la pregunta que repetidamente se le hacía al comienzo de sus investigaciones: ¿Qué puede tener el Derecho con la literatura? Con el tipo de relación que el autor establece entre el Derecho y la literatura White estaría demostrando que la vida no tiene porqué ser fragmentaria sino integradora. A través de ella puede constatarse cómo, desde la literatura, nuevas preguntas y actitudes pueden llevarse al Derecho de manera que éste salga enriquecido. Y lo mismo podría decirse en la dirección contraria.<sup>198</sup>

Como se refleja en el *syllabus*, la propuesta del autor recoge un conjunto de textos literarios de muy diversa índole. En su análisis y estudio no se pone el énfasis en las diferencias entre ellos, sino en la idea de que todos participan en la creación de nosotros mismos y del mundo. En la mayoría de los casos se trata de textos que hacen esto desde parámetros que el autor considera valiosos,<sup>199</sup> creando entonces patrones o modelos adecuados de pensamiento y expresión en uno mismo y en el mundo que podrían contribuir a enriquecer esos recuerdos que nos ayudan a dar significado al presente.<sup>200</sup>

La lectura de estos textos permite llegar a conectar con otra mente, en algunos casos, una muy superior a la nuestra, de la cual podría aprenderse de la misma forma en que se hace de padres, amigos o profesores.<sup>201</sup> El resultado de esto, a lo que debería conducir esta conexión es a una complicación o cuestionamiento de las percepciones o ideas

---

<sup>198</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, *op. cit.*, págs. 18-20.

<sup>199</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, *op. cit.*, pág. 155.

<sup>200</sup> Unos patrones de pensamiento y expresión que podrían funcionar como un estándar que el abogado puede tener en mente para luego aplicarlo a la escritura, lectura y crítica de los textos jurídicos.

<sup>201</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, *op. cit.*, pág. 155.

propias sobre nosotros mismos y sobre el mundo,<sup>202</sup> en la medida que la lectura de estos textos supone una apertura o exposición a otras mentes y a otras personas, a otros lenguajes, a otras formas de pensar, de ser e imaginar el mundo. Y esto es algo que se producirá de una forma diferente en cada uno de nosotros, ya que de la conexión de una mente con otra no cabe esperarse uniformidad sino variedad.<sup>203</sup> Esto es, para el autor, una razón que podría explicar la heterogeneidad que caracteriza el movimiento “Derecho y literatura” y el motivo por el que, según él, no existe un manifiesto del movimiento.

El tipo de crítica que se desprende de la lectura que el autor lleva a cabo de las diferentes obras, podría parecerse a lo que hace una persona que intenta describir su experiencia de un viaje. En ambos casos la autoridad sobre la que confiar es la propia experiencia del lugar al que se ha viajado o, en el caso de la literatura, del texto. Quizá lo que el autor ve en Platón sea muy diferente de lo que vemos cada uno de nosotros, de la misma manera que diferiría la experiencia que pudiéramos tener cada uno de Nueva York o Atenas. Pero esto no significa que no pueda hablarse de lo que vemos sino que, muy al contrario, es para el autor el terreno sobre el que podemos aprender unos de otros: aprender diferentes preguntas, maneras distintas de dirigir la atención. Por tanto, las lecturas y críticas que hace White de las obras no hay que considerarlas como las de alguien que nos está diciendo cómo son las cosas. El autor nos está ofreciendo su experiencia de ellas, la cual podemos examinar frente a la nuestra.<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> *Ibid*, pág. 55. Para White, nuestros estándares de juicio provienen, fundamentalmente, de la experiencia de nuestra vida y de la de otras personas y esto incluiría los textos literarios. Ello se produciría a través de unos procesos de interacción recíproca por los que se van formando nuestras identidades. El autor señala que la imagen es la de la autopoiesis, el organismo haciéndose a sí mismo en su interacción con el medioambiente. Todas las especies, los individuos, los lenguajes, las culturas y las comunidades se encuentran en un proceso de cambio recíproco. Un cambio que, para White, no debe ser temido sino bienvenido. Ver en “Is Cultural Criticism Possible?”, *op. cit.*, pág. 1385.

<sup>203</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, *op.cit.*, pág. 57.

<sup>204</sup> James Boyd White, *Acts of Hope*, *op. cit.*, pág. 43.

El *syllabus*, en definitiva, tratará de reflejar el modo en que White hace presente en nuestro mundo los textos antiguos que en él se recogen, es decir, el modo en que este autor logra conectar sus vidas con la nuestra.

## II. *Syllabus*

*El Derecho como una actividad intelectual  
y del lenguaje: La calidad de pensamiento y  
expresión*

A continuación se expondrá el análisis de un conjunto representativo de las obras estudiadas por el autor. Con éste lo que se persigue es ver cómo se materializa en la lectura que White realiza de obras concretas, gran parte de lo que se ha dicho hasta ahora. Si como se ha visto en los presupuestos, para White, la lectura y la escritura son actividades que contribuyen a configurar nuestra propia identidad, como individuos y como comunidades, podría decirse que la cuestión fundamental y común que el autor aborda en todos los apartados en que se divide este *syllabus* sería la de cómo podría hacerse esto bien dentro del Derecho.<sup>205</sup>

Podría decirse que es ésta la búsqueda de White en todas sus lecturas. Sin embargo, según las obras objeto de estudio, el énfasis y atención del autor se centra en unas cuestiones más que en otras. Es a este criterio al que obedece la presentación y clasificación del *syllabus*, de manera que, los diferentes textos y su estudio se reunirán y clasificarán de acuerdo con los diferentes aspectos que, dentro de ese objetivo común, el autor ha querido resaltar o atender.

---

<sup>205</sup> James Boyd White, *From Expectation to experience*, op. cit., pág. 87.

## 1. El abogado-escritor: dominio del lenguaje y calidad del pensamiento

Es *The Legal Imagination*,<sup>206</sup> como ya se ha mencionado, el primer libro del autor sobre “Derecho y literatura” y lo que muchos consideran como el punto de partida o el detonante de este movimiento. Podría decirse, tratando de resumir, que en él el autor elabora una primera respuesta al interrogante de cómo abordar la enseñanza de esas actividades de la mente y el lenguaje que, como se ha visto, son para el autor características de la actividad que llevan a cabo los jueces y abogados y que, por consiguiente, es tan conveniente que éstos lleguen a dominar. El autor critica la poca atención que se estaba prestando a estas cuestiones en las escuelas de Derecho en los años en que se publicó este libro, así como lo inadecuado de sus planteamientos a la hora de enseñarlas.<sup>207</sup> White señala, en este sentido, que aunque él sí recibió una educación orientada a aprender la forma compleja de pensar y hablar que caracteriza al abogado, echaba de menos, sin embargo, el tener una buena manera de pensar sobre todo aquello que había aprendido, es decir, sobre cuáles eran exactamente esas formas de expresión y sobre cómo éstas podrían mejorarse.<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, *op. cit.* Para estructurar todo aquello que se refiere a la formación de los abogados como escritores me serviré de los tres temas fundamentales en los que se vertebra este libro, a los que añadiré algunos estudios que, sobre algunos de los temas que se señalan en el mismo, el autor realiza con mayor profundidad en otros libros. Y lo hago así, porque *The Legal Imagination* constituye, como ya se ha reiterado, el punto de partida del movimiento, marcando así inevitablemente la pauta o punto de vista inicial, (aunque en el caso de algunos autores sea para distanciarse del mismo) del movimiento “Derecho y literatura”. Podría decirse, entonces, que es en este libro donde el autor señala los temas fundamentales de su propuesta formativa, algunos de los cuales, como acaba de decirse, el autor desarrolla con más profundidad o matiza en otras obras. Un resumen de este libro puede encontrarse en Wolf, Harriet Bearman. “Book Review : James Boyd White. *The Legal Imagination*”. Chicago, Illinois : University of Chicago Press, 1985. *Santa Clara Law Review*. Vol. 26, n.2 (1986), págs. 519-522

<sup>207</sup> James Boyd White, “The Cultural Background of the Legal Imagination”, *op. cit.*, págs. 18 y ss.

<sup>208</sup> James Boyd White, “Establishing Relations Between Law and Other Forms of Thought and Language”, *op. cit.*, pág. 13 y ss.

Este libro responde, entonces, a la búsqueda del autor por encontrar una manera más explícita de pensar sobre lo que hace un abogado,<sup>209</sup> y ello desde la perspectiva de concebir el Derecho como una práctica intelectual y lingüística, la cual podemos aprender, modificar o preservar. Desde este punto de vista, el principal poder del Derecho recaería en el lenguaje y, como se ha visto, su práctica profesional habría de verse, más bien, como una actividad de tipo cultural, como el arte de leer la especial literatura del Derecho y de hablar y escribir en su lenguaje. De esta concepción del Derecho y de su práctica, se derivaría, como también se ha visto, el tipo de enseñanza liberal que White reivindica para el abogado, una cuyo foco de atención no estaría en que los alumnos adquieran un conjunto de datos o información sino en su instrucción en el arte de leer y escribir el Derecho, haciéndoles ver, que no se trata de una técnica o método de manipulación, sino en una forma de hacer lenguaje, de ser un tipo de persona, de construir una cultura, de hacer el mundo.<sup>210</sup>

Podría decirse, entonces, que su objetivo en este libro sería el de elaborar o desarrollar una forma de pensar expresamente sobre la expresión legal, oral y escrita, de manera que pueda conducir a los abogados a que sus actuaciones con el lenguaje del Derecho sean más competentes, significativas y justas.<sup>211</sup> La forma de pensar sobre el lenguaje del Derecho, sobre sus limitaciones y recursos, que el autor propone en él, es la de que los alumnos reflexionen sobre cómo los abogados piensan y se expresan, y lo hagan siempre por comparación con otros modos de expresión y pensamiento, de manera que, de esas

---

<sup>209</sup> James Boyd White, "The Cultural Background of The Legal Imagination" *op. cit.*, pág. 18.

<sup>210</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, *op. cit.*, Prefacio. En definitiva, enseñar el Derecho como un elemento más de la cultura y, como tal, con un lenguaje propio y característico, con una forma especial de hablar de la realidad y de los seres humanos. Esto sería, para White, sobre lo que se debería instruir a los alumnos. Éstos deben entonces aprender a conocer su lenguaje lo cual exigiría, para White, como se verá a continuación, tener una visión objetiva y distante sobre el mismo. Deberán tener conciencia de las posibles elecciones argumentativas que, como abogados y jueces, tienen, y reflexionar sobre lo que cada uno elige decir de entre todas las posibilidades con las que cuenta en el tiempo limitado de un proceso. Ver "Law as Language: Reading Law and Reading Literature", *op. cit.*

<sup>211</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, *op. cit.*, pág. 73.

comparaciones, surjan nuevas preguntas que llevar al Derecho, así como que sean posibles, también, nuevas respuestas.

Las comparaciones que el autor sugiere van desde la propia experiencia de los estudiantes sobre las maneras de pensar y hablar que han aprendido en su vida ordinaria, a fragmentos de textos literarios y textos humanistas de lo más variado, incluyendo filosofía, historia, sociología, el fragmento de un diario, una autobiografía, las leyes de una prisión etcétera. White, por tanto, no sólo recurre a la literatura, sino que pide a los estudiantes que también utilicen todo lo que ya saben, desde la música a las matemáticas, de manera que tengan activos en su mente aspectos de ellos mismos o capacidades con las que puedan examinar o poner a prueba lo que están aprendiendo como estudiantes de Derecho.<sup>212</sup>

Lo que se busca en estos textos no son, entonces, afirmaciones, o extraer unas reglas que puedan utilizarse luego en el Derecho sino, más bien, analizar actuaciones con el lenguaje que puedan compararse con las que llevan a cabo como abogados, estableciéndose así, en la cabeza del estudiante, un diálogo entre el Derecho que está aprendiendo y determinados fragmentos de textos,<sup>213</sup> el lenguaje ordinario y, en definitiva, cualquier cosa que éste sepa.<sup>214</sup>

En el *syllabus* se partirá, entonces, de la idea, sobre la que se ha insistido anteriormente, de que el abogado es fundamentalmente un escritor, un compositor de textos orales y escritos para el que una

---

<sup>212</sup> James Boyd White, "Establishing Relations Between Law and other forms of Thought and Language" *op. cit.*, pág. 20.

<sup>213</sup> El uso de fragmentos de textos en este libro es algo excepcional en el autor ya que, como puede apreciarse en el resto de los epígrafes, es más frecuente que el autor utilice textos completos.

<sup>214</sup> James Boyd White, "The Cultural Background of The Legal Imagination" *op. cit.*, pág. 19.

cuestión esencial es lograr la excelencia en el arte de hablar y de transformar con poder y originalidad el lenguaje en sus composiciones.<sup>215</sup>

Para aprender sobre estas cuestiones no serviría el lenguaje prescriptivo de la instrucción: haz esto y después lo otro. Un arte no podría ser reducido a un manual *How-to*. Para el autor la única forma de hacerlo es a través de la visión atenta y razonada del trabajo y la experiencia de otros que se encuentran inmersos en una tarea que es a la vez similar y diferente a la del abogado. En definitiva, a través de su exposición a un conjunto de comparaciones que puedan aportarle una visión nueva sobre las realidades y posibilidades de la expresión legal.<sup>216</sup> Lo que se perseguiría es que el estudiante logre convertirse en un crítico literario para que, después, aplique ese conocimiento a sus propias producciones como abogado. Esta crítica no funcionaría por la aplicación de estándares abstractos a casos particulares sino que lo haría de la forma en que, según White, las humanidades trabajan: por análisis, comparación, moviéndose de un texto a otro, cuestionando siempre las posibilidades para el ser humano, la vida, la imaginación, el pensamiento y los sentimientos en que nos sumerge y sobre las que nos instruye un determinado escritor a través de su texto.<sup>217</sup>

En este apartado dedicado al abogado escritor, la atención no se centrará, por tanto, en cómo la literatura presenta las instituciones jurídicas o a los abogados, ni se escogen unos pasajes de prosa legal y se elevan al estatus de literatura, sino que, partiendo de que el Derecho es por naturaleza literario y la vida del abogado una vida de escritor, se mira a la literatura para encontrar en ella actuaciones con el lenguaje dignas de admiración y que por tanto puedan servir de ayuda al abogado en su búsqueda por convertirse en un buen escritor. En qué consiste escribir

---

<sup>215</sup> James Boyd White, "Establishing Relations between Law and Other Forms of Thought and Language", *op. cit.*, pág. 17.

<sup>216</sup> *Ibid.*

<sup>217</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, *op. cit.*, pág. 77.



bien es una cuestión, para el autor, como ya se ha dicho, que va mucho más allá de la mera comunicación de ideas de forma clara y eficaz.<sup>218</sup> Y aunque es ésta una cuestión que en última instancia se deja para que la decida el estudiante, el autor, utilizando el método de la comparación, esto es, colocando un texto al lado de otros, dirige su atención a un conjunto de preguntas de las que a continuación se pondrán algunos ejemplos. Podría decirse que, detrás de todas ellas, está una idea, la de que la buena escritura y, por tanto, el éxito del abogado, precisa de honestidad y decencia, y ello a partir de un adecuado conocimiento de nosotros mismos, de los demás y de la situación que compartimos.<sup>219</sup>

*The Legal Imagination* constituye el primer intento del autor por hacer visibles las posibilidades que podría ofrecer el Derecho para los que lo practican y para el mundo si no se aprende de una forma muerta o imitativa, sino como un arte del lenguaje y de las relaciones humanas. Podría decirse que es con este fin pues, con el que White utiliza todos los textos no legales orientados a formar al abogado como escritor. Entre los objetivos y cuestiones que pueden diferenciarse del estudio que hace el autor de los diferentes textos podrían destacarse los siguientes:

### **1.1. Análisis de cómo los lenguajes y sus usos contribuyen a constituir diferentes culturas, comunidades y a uno mismo**

#### **1.1.1. La correcta relación con el lenguaje**

El primer objetivo de este aprendizaje como abogados-escritores consistiría en que éstos logran mantener una relación adecuada con su lenguaje como un requisito previo esencial para poder controlarlo. El modo en que White aborda este aprendizaje es seleccionando un conjunto de fragmentos pertenecientes a diferentes autores y géneros. A

---

<sup>218</sup> Esto representa, para el autor, una visión muy reducida del uso del lenguaje, especialmente, para el abogado, cuyo objetivo en un momento dado puede no ser ese. *Ibid, op. cit.*, pág. 78.

<sup>219</sup> James Boyd White, "Establishing Relations Between Law and Other Forms of Thought and Language", *op. cit.*, pág. 17.

todos ellos les dirige un conjunto de preguntas, las cuales darán lugar a reflexiones con las que el autor tratará de despertar en los alumnos una actitud crítica, objetiva y distante respecto al lenguaje del Derecho.<sup>220</sup>

White invita a los alumnos a plantearse, en primer lugar, los posibles efectos que una educación profesional en cualquier campo, y más en concreto en el del Derecho, pueden producir en la vida de una persona, en su percepción de la realidad y en su manera de entender el mundo. Hasta qué punto dicha formación puede resultar enriquecedora o, por el contrario, si ésta es asumida sin distanciamiento, sin ninguna crítica, infundiéndole un efecto totalizador, puede resultar reduccionista y empobrecedora. Para ello se sirve del análisis de textos como, por ejemplo, *Life on the Mississippi* de Mark Twain.<sup>221</sup> En ellos encontramos personajes que hablan de lo que su educación profesional ha supuesto en sus vidas. Con estas lecturas los alumnos comienzan a percibir que esa actitud distante con los lenguajes profesionales que les permite colocarse fuera de ellos y mirarlos con un cierto excepticismo es necesaria si se quiere evitar el principal error que impide el control del escritor sobre su lenguaje. Según White este error consiste, fundamentalmente, en haber depositado sobre aquél un exceso de confianza, ya que la consecuencia necesaria de esto es que es el lenguaje el que domina o controla al escritor y no al revés.<sup>222</sup>

Con otros textos, como *Troilus and Cressida* de Shakespeare,<sup>223</sup> White trata de mostrar las consecuencias que la visión de la vida a través

---

<sup>220</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, op. cit., págs. 1-108. Ver, también, James Boyd White, *Heracles's Bow*, pág. 114 y ss.

<sup>221</sup> Ver en James Boyd White, *The Legal Imagination*, págs. 8-13. Otros fragmentos utilizados con este mismo objetivo son: *American Notes* de Charles Dickens, *La Salle and the Discovery of the Great West* de Francis Parkman, *Tristes Topics* de Claude Lévi-Strauss, *Of a Fire in the Moon* de Norman Mailer, *Huckleberry Finn* de Mark Twain, *The Logic of Nonstandard English* de William Labov. Ver en *Ibid*, op. cit., págs. 11-39.

<sup>222</sup> *Ibid*, págs. 11-70.

<sup>223</sup> En este caso pide a los alumnos que lean la obra completa. Para el estudio y las preguntas que hace el autor sobre este texto ver *Ibid*, págs. 39-47.

de un solo lenguaje puede tener para las relaciones sociales y la vida en común. En esta obra cada personaje se perfila o define por su lenguaje. La falta de entendimiento que se produce entre ellos no es debido a que cada uno tenga su forma de hablar, sino a que los lenguajes que caracterizan y diferencian a los personajes, el del amor, la guerra o el honor, son utilizados por ellos como expresiones totalizadoras de la vida ante las que no cabe duda ninguna, ni el reconocimiento de otras posibilidades, de otros modos de hablar y de pensar diferentes. Tras los ejemplos literarios, el autor propone su traslado al plano de la vida ordinaria, haciendo pensar a los alumnos sobre personas de su entorno, conocidas por ellos, que vean la vida bajo la expresión totalizadora de un solo lenguaje, ya sea el de la religión, la política, la sociología o el Derecho, de igual manera que ocurría con los personajes de la obra, y sobre la impresión que ésto les produce.

Todo ello proporcionaría una mayor comprensión acerca de lo que puede ser una incorrecta relación con el lenguaje y por qué. White identificaría esta incorrección como la concesión del usuario a su lenguaje de un efecto totalizador y un exceso de confianza que le niega la capacidad de ver otros lenguajes, otras posibles formas de ver el mundo.<sup>224</sup>

La pregunta ahora podría ser ¿Cómo conseguir esa adecuada relación con el lenguaje que permita al usuario su control?

White ofrece ejemplos de cómo algunos escritores se relacionan con el lenguaje. En ellos puede apreciarse la utilización de tres recursos a través de los cuales conseguirían una correcta relación: la metáfora, la ironía y la ambigüedad. El objetivo que perseguiría White con ello es que se comprendan las verdaderas razones, las consecuencias y el significado de

---

<sup>224</sup> *Ibid*, págs. 46-70. El objetivo que White perseguiría con ello es impedir que se imponga una sola forma de hablar, un pensamiento monocorde, evitando así que un solo aspecto de la cultura domine a los demás. Para White esta es una manera de que el hombre pueda ser libre y el mundo plural, ya que sabrá mantener la necesaria tensión entre su identidad y los diferentes lenguajes institucionales: religioso, político, legal, etcétera que luchan por imponer su visión del mundo. James Boyd White, *Heracles's Bow*, *op. cit.*, pág. 124.

la utilización de estas fórmulas.<sup>225</sup> El autor admite que, por razones obvias, está claro que el abogado no puede recurrir, de la misma manera en que lo hace el escritor, a estas figuras. Parece que lo que el abogado tiene que hacer es, más bien, decir que sugerir, y que debe hacerlo de una forma directa y no irónica. La ambigüedad no parece tampoco un mérito que deba apreciarse en el abogado.

La idea es que se observe cómo los escritores de literatura se manejan con el lenguaje, para después pensar sobre el tipo de relación que pueden o deben establecer los abogados con el suyo.<sup>226</sup> El autor utiliza, por ejemplo, un poema de William Blake, *The Sick Rose* y un extracto de *The Mirror of The Sea*<sup>227</sup> de Joseph Conrad. De igual manera que el poema de la rosa no consiste obviamente en la mera descripción de una rosa enferma y que Conrad utiliza el mundo y el lenguaje del marinero para decir otra cosa, White plantea a los alumnos la pregunta de si ellos podrían ver el lenguaje del Derecho como la metáfora de otra cosa. Si podrían advertir cómo muchas de sus actividades, lo que dicen y hacen, significan algo más, tanto para sí mismos como para el mundo: orden, razón, equilibrio, justicia, todos ellos significados que muchas veces no pueden ser expresados en el lenguaje del Derecho.

Con este sentido metafórico, el Derecho y su profesión no serían para el abogado un fin en sí mismo sino que, al igual que en el poema de la rosa no solo vemos su enfermedad o de la novela de Conrad no sólo la vida en el mar, el abogado podría ver en el Derecho lo universal en lo particular,<sup>228</sup> podría hacer su propia metáfora del Derecho y preguntarse,

---

<sup>225</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, op. cit., págs. 46-70.

<sup>226</sup> En todo caso, como señala White, estas formas de relacionarse con el lenguaje no están absolutamente desterradas del Derecho. La ambigüedad está, en cierta medida, presente en el texto constitucional y puede encontrarse cierta ironía también en la retórica de los tribunales. *Ibid.*, pág. 47.

<sup>227</sup> *Ibid.*, 50-54.

<sup>228</sup> Esto es, que tenga la capacidad de ver el Derecho dentro del universo de interpretación que lo hace comprensible y le da sentido.

repetidamente, si lo que dice y hace sostiene tal significado.<sup>229</sup> Cualquiera que sea finalmente éste la pregunta que plantea White es si deberían buscar alguna manera de que ese significado pueda ser expresado mientras habla o actúa como abogado o, por el contrario, se trata de un aspecto que mantener en silencio.<sup>230</sup>

Otras formas que el autor muestra de cómo los escritores controlan su lenguaje al situarse, de alguna manera, fuera de él, al apuntar hacia algo más, son la ironía y la ambigüedad. Con la ironía el escritor no dice una cosa para significar otra, sino que lo que hace es decir una cosa para significar la contraria. El ejemplo que propone White en este caso corresponde a un fragmento de *Walden* de Thoreau,<sup>231</sup> en el que puede apreciarse cómo el escritor de este texto utiliza el lenguaje del “propietario” sólo para rechazarlo en favor de la forma de mirar el paisaje del poeta.<sup>232</sup> Cuando un lenguaje es usado tanto irónica como metafóricamente puede generarse una gran ambigüedad. Un ejemplo de ésta en el uso de la metáfora, se produce con respecto al significado de la ballena blanca en *Moby Dick*<sup>233</sup>. Melville habla de ella en lenguajes muy diferentes: el comercial, el biológico, el místico o el psicológico, envolviendo premeditadamente al lector en esta desorganización para retarle a que sea él quien elija el lenguaje en el que decir lo que considere deba decirse de la ballena. Son muchos los tipos y grados de ambigüedad que puede utilizar el escritor para los más variados propósitos.

---

<sup>229</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, op. cit., pág. 50. El autor señala que este significado metafórico no sería exclusivo del Derecho, sino que puede darse en otras profesiones. Para explicarlo pone el ejemplo de un entrenador de fútbol, quien lo que podría ver en el campo es perseverancia y coraje.

<sup>230</sup> Se trataría de buscar que el abogado no sólo tenga una voz profesional, sino que sea capaz de hablar, también, con su voz individual. *Ibid*, págs. 53 y 54.

<sup>231</sup> *Ibid*, op. cit., pág. 55 y ss. Para un análisis más completo de esta obra ver James Boyd White, *The Edge of Meaning*, op. cit., págs. 13-27.

<sup>232</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, op. cit., págs. 54-57.

<sup>233</sup> *Ibid*, pág. 58.

Otro ejemplo es el de un fragmento de *Billy Bud* de Melville,<sup>234</sup> en concreto, el que recoge el momento de la muerte de *Billy Bud*. El lector sabe que se ha llevado a la muerte de forma deliberada a este hombre inocente, pero existe la duda sobre cuál pueda ser el significado de esto. Como señala White, Melville mantiene en la duda al lector ocultándole algo con lo que suele contar: el punto de vista del escritor. Un mundo es creado entonces igual al que uno mismo habita, en el que el significado de las cosas no se nos revela, sino que ha de construirse.<sup>235</sup>

Todos estos ejemplos de actuación de un escritor con su lenguaje son modelos de cómo utilizar un lenguaje y, a la vez, expresar el reconocimiento de lo que deja fuera. El objetivo es trasladar después al Derecho preguntas como la siguiente: ¿Es posible utilizar el lenguaje del Derecho en un sentido que señale o reconozca lo que deja fuera? Según White fue eso quizá lo que el capitán Vere en *Billy Budd* no supo hacer.<sup>236</sup>

Los escritores utilizan estas tres figuras como recursos para trascender el lenguaje que les viene dado y poder hacer algo más con él. De esta manera han hecho visible lo que en ellos no se contempla. White presenta estos textos a los futuros abogados para que aprecien, como escritores que son, lo que otros han hecho con sus lenguajes.<sup>237</sup>

El autor con ello está haciendo consciente en los alumnos el hecho de que como abogados (y escritores) puede que no les guste lo que su sistema de lenguaje está haciendo, y les señala la actitud y ciertas habilidades para que ellos mismos puedan argumentar para cambiarlo. Deberán ser capaces de distanciarse del lenguaje que heredan, evitando así perder su identidad y capacidad para reconocer otros lenguajes, otras

---

<sup>234</sup> *Ibid*, pág. 60 y ss.

<sup>235</sup> *Ibid*, págs. 66 y 67.

<sup>236</sup> *Ibid*, pág. 66.

<sup>237</sup> Ver en James Boyd White, *When Words Lose Their Meaning*, op. cit.

formas posibles de ver la realidad.<sup>238</sup> Tendrán, además, que conocer bien su lenguaje tal como lo heredan, esto es, saber cuáles son sus limitaciones y con qué posibilidades y recursos cuenta.<sup>239</sup> Para reflexionar sobre estas cuestiones, lo cual constituiría un nuevo paso en este proceso de aprendizaje, White, por ejemplo, escoge un tema tan trascendental en la vida de los hombres como es la muerte y procede de la siguiente manera:

Primero trata de que los alumnos se formen un criterio propio sobre lo que podría ser la forma correcta de hablar de la muerte. Para ello, les ofrece un conjunto de textos en los que se aborda este tema desde diferentes lenguajes,<sup>240</sup> ofreciéndoles también dos resoluciones judiciales en las que el lenguaje del Derecho y su formalismo se presenta a los jueces como manifiestamente insuficiente o limitado para lo que ellos consideran que sería la forma correcta o justa de hablar de la muerte.<sup>241</sup> Estos jueces son ofrecidos como ejemplo de cómo es posible trascender y utilizar ese lenguaje jurídico que, a veces, por su formalismo, se vuelve en contra de sus pretensiones legítimas. El contraejemplo vendría representado por el Capitán Vere, del que antes se ha hecho mención.

También a través de varios textos analiza cómo determinados lenguajes: el del deber, el de la guerra y el honor, el de la contabilidad, el del manual del francotirador, desde una única forma de ver la realidad, pueden resultar deshumanizados. Su propósito sería que los alumnos descubran los riesgos en que puede incurrirse al totalizar la visión de las cosas a través de un solo lenguaje. De cómo, al hacerlo, pueden ser las personas cosificadas y se puede caer en lo patético y deshumanizado. El autor ahonda en este punto analizando las posibles influencias que una formación profesional jurídica, dadas las características de su lenguaje,

---

<sup>238</sup> Para que puedan hacer algo con el lenguaje del Derecho y no que éste lo haga con ellos.

<sup>239</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, op. cit., págs. 71-108.

<sup>240</sup> *Ibid*, págs. 74-88.

<sup>241</sup> *People v. Sherwood*. 271 N.Y. 427, 3 N.E. 2d 581 (1936). James Boyd White, *The Legal Imagination*, op. cit., págs. 88-92.

puede producir en la actitud y sentimientos del jurista. Esto fue tratado de forma más general al principio de este *syllabus*, cuando lo que se buscaba era tomar conciencia sobre los efectos que produce en la persona cualquier formación profesional. Ahora White se estaría refiriendo, específicamente, a la formación del abogado, y su reflexión, en este caso, se centra e interesa en dos conceptos claves: la honestidad<sup>242</sup> y la humanidad,<sup>243</sup> es decir, en qué podría significar en el Derecho tratar a otro como persona, reconociendo su humanidad, sin convertirlo en un medio, en una ficción, una idea o un mero rol.<sup>244</sup>

Se trataría, por tanto, de que los alumnos adquieran un criterio propio, como profesionales del Derecho, acerca de lo que podría ser una actuación con humanidad. Podría decirse que el tipo de educación que el autor trata de transmitir en este punto se correspondería con la idea Kantiana de dignidad, entendiendo por ésta, el tratar a los otros como

---

<sup>242</sup> Podría decirse que con “honestidad” White se estaría refiriendo a una forma de expresión capaz de reflejar, por parte del escritor, su conciencia de que todo lo que dice y es, se debe en parte al contexto en el que vive, siempre imperfectamente percibido y en cambio. Ver, por ejemplo, *Heracles’s Bow*, *op. cit.*, pág. 5.

<sup>243</sup> Con humanidad el autor se estaría refiriendo a la necesidad de sentir que, como consecuencia de lo anterior, “los otros” son imprescindibles en la construcción de las verdades de este mundo y, por tanto, sujetos libres dotados de un mismo valor y autonomía. James Boyd White, *Heracles’s Bow*, *op. cit.*, pág. 5.

<sup>244</sup> Como se ha visto en la sección de los presupuestos, para White, asumir que vivimos en unas circunstancias de incertidumbre –que no funcionamos con unas directrices dadas, unos fines claros y predeterminados hacia los que tengamos que orientar todas nuestras actuaciones- y que las verdades de este mundo, siempre necesariamente revisables en nuevos contextos, son creadas por nosotros mismos, sujetos culturalmente situados, no significa, sin embargo, caer en el total relativismo. Para el autor, asumir esto a lo que nos obliga es a conducirnos de otra manera, a poner el énfasis y la atención no tanto en los fines, en los resultados, sino en el proceso mismo por el que se crean, lo cual significa dirigir nuestra atención al lenguaje, sabiendo que todo análisis del mismo es, en definitiva, una forma de analizarnos a nosotros mismos, a nuestras culturas y comunidades. El reconocimiento de la contingencia de nuestros fines y convicciones tendría como consecuencia, entonces, la irracionalidad del hecho de que el ser humano pueda ser concebido como un medio para la obtención de cualquier fin, y que, por tanto, las únicas guías racionales en la construcción de los significados de este mundo a través del lenguaje pueden ser el llegar a tener una adecuada concepción de nosotros mismos así como una manera de entender nuestras relaciones con los demás. Ésta estaría basada, para White, en el reconocimiento de la libertad, valor y autonomía del otro. La idea del autor sería que si se logra una educación y sentido crítico sobre estas cuestiones en el análisis del lenguaje, entonces los fines o resultados no han de preocuparnos, ya que tendríamos la garantía suficiente sobre los mismos. James Boyd White, *Heracles’s Bow*, *op. cit.*, págs. 134-136.



finés en sí mismos y no como medios.<sup>245</sup> Algunos de los textos que White utiliza como punto de partida para la reflexión sobre estas cuestiones son fragmentos de las obras: *A Portrait of the Artist as a Young Man* de James Joyce,<sup>246</sup> en la que se muestra la frialdad de un exceso de intelectualización, de ver el mundo únicamente como ideas, o *Resemblance of things past* de Marcel Proust,<sup>247</sup> en el que se puede apreciar la inhumanidad en el trato de un médico a su paciente y se invita a los estudiantes a reflexionar sobre si una vida profesional en ese campo debe conducir, necesariamente, a esas actitudes o *The treatment of a Dying Patient* de Janice Norton, M.D.,<sup>248</sup> donde se expone un caso sobre los últimos meses de vida de una paciente en fase terminal.

El estudio de todos estos textos literarios y su comparación con algunos jurídicos ha estado orientado hacia el conocimiento y control por parte del abogado de su lenguaje y a que adquiriera la capacidad de rehacerlo en un sentido adecuado. En la siguiente fase de este estudio sobre qué significa pensar y hablar como un abogado, se ahonda en el conocimiento del lenguaje del Derecho, de sus limitaciones y recursos estudiando cómo en él se habla de las personas, siendo éste el segundo de

---

<sup>245</sup> White señala en *Ibid.*, pág. 5 que la afirmación de que uno no pueda nunca, o al menos sin una gran justificación, tratar a otra persona como medio en vez de cómo un fin en sí mismo “deriva de la filosofía moderna de Kant pero, desde otro punto de vista, es una reafirmación de la ética cristiana básica con raíces también en la ética de Aristóteles”. Pero, qué significa tratar a un ser humano como medio y no como fin, qué significa respetar su libertad, valor y autonomía, en qué nos convertimos individual y colectivamente en nuestras conversaciones con otros, especialmente cuando tratamos de persuadir, no es algo, para White, que pueda conocerse de antemano, ni un conocimiento que pueda adquirirse de forma conceptual, sino que se trata de asuntos a los que solo puede accederse a través del lenguaje del arte. El lenguaje conceptual o lógico, como el de la filosofía analítica moderna, son siempre en este aspecto, para el autor, incompletos y defectuosos. Ver en James Boyd White, *Heracles' Bow*, *op. cit.*, pág. 25; James Boyd White, *The Legal Imagination*, *op. cit.*, págs. 109-205; James Boyd White, *When Words Lose Their Meaning*, *op. cit.*, págs. 13-18, 275-277 y 282.

<sup>246</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, *op. cit.*, págs. 94-96.

<sup>247</sup> *Ibid.*, págs. 96-100.

<sup>248</sup> *Ibid.*, págs. 100-108.

los tres temas fundamentales sobre los que el autor reflexiona en *The Legal Imagination*.<sup>249</sup>

**1.1.2. Las distintas maneras en que puede hablarse de las personas y su trascendencia: como objetos, caricaturas, instrumentos o como centros de autonomía o valor.**

¿Qué tipo de justicia puede haber en un mundo en el que algunas personas son reducidas a objetos manipulados por otros o cuyas historias no son tenidas en cuenta? Este aspecto de la formación del abogado es importante para el autor como oposición a cierto tipo de prácticas e instituciones modernas que White califica de deshumanizantes. Frente a ellas, muestra el Derecho como una institución que se fundamenta en el principio del reconocimiento de otros y ello, en gran parte, porque les dá la oportunidad de contar sus historias y de que éstas sean escuchadas.<sup>250</sup>

---

<sup>249</sup> *Ibid*, op. cit.

<sup>250</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, op. cit., págs. 109-205. White se sirve de la literatura al considerar que es a través de ésta como los alumnos pueden mejor formarse su propia idea de en qué puede consistir tratar a las personas como objetos o instrumentos o, por el contrario, como centros de autonomía o valor, al considerar que ésta trata estos asuntos con una claridad, lucidez y fuerza de las que la argumentación lógica o abstracta carecería por necesidad. *Heracles's Bow*, op. cit., pág. 5. Especial relevancia a este respecto tendría el estudio que el autor hace de la Tragedia *Filoctetes*, el cual podría resultar también de ayuda para comprender lo que perseguiría White con esta formación literaria sobre estos asuntos y por qué. Esta tragedia de Sófocles en la cual se relata la historia de cómo Odiseo y Neoptolemo tratan de dar cumplimiento a una profecía en la que se les ordena recuperar un arco que se encuentra en manos de otro hombre llamado Filoctetes, es mostrada por White como un texto donde encontrar un ejemplo claro de dos mentes: Por un lado, la consecuencialista o instrumentalista, representada por Odiseo, que sería aquella que piensa en términos fines-medios y que encuentra la justificación de toda actuación en resultados y probabilidades. Por otro, la ética, representada por Neoptolemos, sería aquella que piensa en lo correcto y equivocado a partir de un sentido sobre ambas cosas culturalmente adquirido. Odiseo, ante el mandato de la profecía, sólo piensa en su cumplimiento y en la necesidad para ello de persuadir a un hombre, Filoctetes. Considera que para conseguir su objetivo la posibilidad más efectiva es el engaño. Neoptolemo, que en un principio se niega a aceptar la propuesta de Odiseo de engañar a Filoctetes para conseguir lo que se les ha encomendado, sin embargo, cede finalmente.

Esta cesión de Neoptolemo ejemplificaría lo que White considera como una ética no madura, esto es, una que le conduce a que su oposición inicial al engaño sea consecuencia de la conciencia que tiene de sí mismo, de su dignidad, de ser hijo de quién es. De esta manera, su sentido del tipo de persona que es estaría actuando como su única guía ética. Este tipo de mentalidades son, para el autor, inmaduras y débiles y, como se demuestra en la obra, resultan fácilmente manipulables. White pone de relieve, sin embargo, en el análisis que hace de la tragedia, cómo en Neoptolemo se opera una transformación hacia lo que el autor considera una ética madura, una en la que su arrepentimiento y repulsa al hecho de haber engañado nace del reconocimiento del valor y autonomía del otro, en este

El autor propone una nueva forma de abordar el Derecho y el estudio de las normas jurídicas de forma que sean vistos como un tipo de literatura social, al igual que la novela o el drama, como una forma especial y característica de hablar acerca de la gente.

En esta crítica del Derecho por su forma de hablar de las personas, lo primero que hace el autor es ver de qué instrumentos podría disponerse para analizar el Derecho en este aspecto. Para ello recurre, de nuevo, a los textos literarios, tratando de identificar las diferentes posibilidades de definición de los personajes que puedan encontrarse en

---

caso de Filoctetes, sentimiento que sólo surge cuando conoce su historia y se inicia entre ellos una relación de amistad. Es precisamente esto lo que, según White, le permite a Neoptolemo finalmente interpretar de forma correcta la profecía. No mediante un mayor conocimiento del lenguaje sino de la realidad a la que se dirige.

Como se decía, White muestra a Odiseo, a diferencia de Neoptolemo, como un prototipo de hombre instrumental, incapaz de cuestionarse los fines, que sólo piensa en resultados y para ello en probabilidades. En su forma de interpretar se muestra literalista. No se detiene a considerar los propósitos y la naturaleza de las órdenes, por lo que prescinde del universo de interpretación que las haría comprensibles. Cegado por obtener un resultado, no es capaz de considerar el verdadero sentido y alcance de la profecía por lo que, buscando ser eficaz, resulta de lo más ineficaz y tratando de ser racional, termina actuando irracionalmente.

White establece un paralelismo entre esta obra y la realidad que vivimos en la que, al igual que la tragedia, no contamos con unas directrices claras, sino que vivimos en la incertidumbre. Una racionalidad como la de Odiseo se nos revelaría entonces como irracional porque da como incuestionables los fines y sólo calcula la probabilidad en su cumplimiento, una actitud que para el autor desconoce la realidad de nuestra existencia, la incertidumbre real en la que vivimos, lo limitado de nuestras motivaciones y percepciones, de nuestra capacidad para ver la realidad y, por tanto, de la necesidad que tenemos de los otros –seres humanos dotados del mismo valor y autonomía– para la construcción e interpretación de nuestros fines. Desconocería que la verdadera fuerza de construcción del mundo se encuentra en lo social y no en lo material y que toda acción social requiere comunidad y esa comunidad nunca puede ser forzada: los esclavos se revelarán, las esposas se divorciarán, los trabajadores se unirán, los socios dimitirán. Es por ello que, para White, nuestra guía más segura, racional y eficaz en la interpretación de nuestros fines y en nuestros intentos de persuasión es que toda interpretación esté basada en el reconocimiento de la igual libertad, valor y autonomía del otro. Al señalarnos White el error en la interpretación de la profecía por parte de Odiseo, un personaje que parece práctico, eficaz y racional estaría, además, poniendo de manifiesto la necesidad que tiene todo intérprete y persuasor, como lo son especialmente los abogados, de ser conscientes de lo limitado de todo lenguaje y la necesidad por tanto, cuando actúa como tal, de poner junto todo lo que uno sabe, toda su experiencia, para así ser capaces de ver el universo de comprensión que da sentido al Derecho. Debe saber poner a éste dentro de un contexto más amplio. Si no es capaz de hacerlo, como no lo hizo Odiseo, sus actuaciones pueden resultar ineficaces y poco racionales. Es en este sentido en el que el autor habla a lo largo de sus obras de “integración”, una palabra presente en su idea de interdisciplinariedad, de lo que es el hombre y la cultura y que, como se ha visto, determina su manera de concebir la enseñanza. Ver también con respecto a esta idea de integración: James Boyd White, *Heracles’ Bow*, *op. cit.*, pág. 21 y James Boyd White, *Justice as Translation*, *op. cit.*, págs. 3-21.

ellos. White distingue dos posibilidades principales: el personaje y la caricatura. El personaje representaría una interpretación exitosa de la personalidad, creíble y completa mientras que la caricatura sería lo contrario, una forma de hablar de la gente en la que ésta queda reducida a determinados aspectos exagerados, a etiquetas o roles. El objetivo sería ahora aprender a identificar ambas formas, entenderlas, comprender los motivos que subyacen a la elección de una u otra, para poder luego aplicar ese conocimiento al análisis del Derecho.<sup>251</sup>

Para este primer objetivo White escoge, por ejemplo, un texto en el que un autor critica una biografía por adolecer de lo que denomina “toque de novelista”. Con esto se estaría refiriendo a que en ella se ha producido un falseamiento del personaje real consistente en mostrar sólo los aspectos más espectaculares y útiles con fines literarios.<sup>252</sup> White trata aquí de que el alumno adquiriera un primer sentido de lo inapropiado de la literatura de caricatura cuando el objetivo es describir personajes reales, como es el caso de la biografía, y de hasta qué punto esta misma sensación podría ser trasladada al Derecho, donde los personajes de los que se habla son también reales y no de ficción.

Ahondando en lo que significa la caricatura y los posibles motivos que como recurso literario pueden llevar al escritor a su utilización, el autor hace referencia a textos en los que se explican algunas de las propiedades de tal recurso,<sup>253</sup> como sería, por ejemplo, el hacer personajes fácilmente reconocibles y a los que no sea difícil recordar. En este sentido un rasgo esencial de las caricaturas es que no sufren alteración por las circunstancias, no experimentan evolución en el transcurso de la obra y esto las hace susceptibles de ser resumidas en una frase. Otra propiedad

---

<sup>251</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, op. cit., págs. 113-155.

<sup>252</sup> *Ibid*, págs. 114-115.

<sup>253</sup> El autor utiliza para ello algunos textos profesionales sobre literatura como el capítulo 6 de *Aspects of the Novel* de E.m. Foster. James Boyd White, *The legal Imagination*, op. cit., 145-146.

es que permiten establecer patrones claros de comportamiento en torno a los cuales otros más complicados puedan ser medidos.<sup>254</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior y reconduciendo el tema al ámbito del Derecho, White señala que la caricatura se presenta como un recurso igualmente fácil, posible y útil para el abogado. Supone una forma de hablar de las personas que permite presentarlas como increíblemente buenas o malas, un instrumento que puede ser útil para fortalecer el punto de vista que se defiende en una causa.<sup>255</sup>

Sin embargo, como se ha visto, no parece adecuada cuando se trata de describir un personaje real,<sup>256</sup> como ocurre en la biografía, y aunque en la literatura de ficción puede ser un recurso fácil para lograr ciertos efectos, éstas carecen del interés y la profundidad de los verdaderos personajes a los que debe aspirar toda obra literaria.<sup>257</sup> White invita a los alumnos a que enjuicien su utilización en la argumentación del abogado, a que piensen si se trata de una forma madura y sensible de hablar de los otros, si es un instrumento de manipulación o de hacer justicia. Si constituye un recurso óptimo y, por tanto, susceptible de ser utilizado por jueces y legisladores o si, por el contrario, la especial responsabilidad de éstos en la creación del Derecho lo hace especialmente inapropiado.

El autor muestra además otros usos posibles de la caricatura como el que hace de ella la literatura de protesta, mostrando por ejemplo a

---

<sup>254</sup> *Ibid.* El autor propone, entre otros, el texto correspondiente al capítulo seis de *Little Dorrit* de Dickens, donde, según White, el escritor resume ese proceso por el cual una persona es reducida a un rol. Ver en *Ibid.*, págs 131-132.

<sup>255</sup> *Ibid.*, págs. 146 y 150.

<sup>256</sup> *Ibid.*, pág. 152.

<sup>257</sup> Ver el conjunto de preguntas que hace el autor a los alumnos en *Ibid.*, *op. cit.*, pág. 130. El autor contrasta el uso de la caricatura con la manera en que Tolstoy define a sus personajes. De ella se puede deducir -y esto sería lo que al autor le interesa que los alumnos vean- el profundo conocimiento del escritor acerca de la complejidad de la personalidad humana, la cual se advierte en su obra como dinámica y en constante cambio, al mostrar a los personajes bajo diferentes luces según cuál sea su entorno. En este sentido, lo que daría, según White, tanta vida a los protagonistas de *Guerra y Paz* es que éstos siempre son definidos a través de la relación que tienen unos con otros. *Ibid.*, pág. 158.

personas reducidas a simples máquinas como consecuencia de la explotación laboral, o el retrato que hace Dickens en *Little Dorrit*, en el que cuenta el proceso por el que una persona puede quedar anulada y reducida a un mero rol dentro de la sociedad. En este caso la literatura, a través de la caricatura, haría tomar conciencia al lector del efecto que puede producir en las personas una sociedad injusta o deshumanizada. Otras veces, según explica White, es utilizada en obras cuya intención no es hablar de la realidad de las personas, sino que se recurriría a ella para articular verdades generales, para producir determinados sentimientos o, simplemente, para divertir. Ciertos personajes de Dickens no son personas sino más bien formas de hablar, como ocurriría con la obra *El Avaro* de Moliere, donde el escritor no buscaría hacer un retrato de la gente sino de lo que la avaricia y la miseria realmente significan.<sup>258</sup> La diferencia con el Derecho sería, como señala White, que ésta sería una literatura de la realidad, que habla de personas reales.

White estaría buscando que los alumnos tomen conciencia de lo que significa hablar de una manera o de otra, invitando a pensar, por un lado, sobre las posibilidades y limitaciones del lenguaje de caricatura y, por otro, sobre otras formas de hablar que no falseen la realidad y hagan justicia a la variedad y dificultad inherente a la experiencia de las personas. En este sentido, el autor advierte en la novela inglesa de los siglos dieciocho y diecinueve una interesante comparación con el Derecho al tratarse, fundamentalmente, de una literatura social que trata sobre las vidas de individuos que se encuentran inmersos en una sociedad muy organizada, con valores, costumbres y roles muy articulados.<sup>259</sup> Esto haría que estos escritores, en su intento por expresar ese mundo social, se enfrenten al peligro de que los individuos de sus novelas se conviertan en tipos, en una parte del mundo social y nada más, quedando amenazada, entonces, la expresión de sus mentes individuales y su personalidad.

---

<sup>258</sup> *Ibid*, op. cit., pág. 152.

<sup>259</sup> *Ibid*, pág. 156 y ss.

*Middelmarch* de George Elliot constituye un buen ejemplo, según White, de cómo se enfrentaron estos novelistas ingleses al riesgo de acabar escribiendo sobre la sociedad, preferiblemente, a hacerlo sobre la gente, esto es, a escribir caricaturas en lugar de personajes. *Middelmarch* mostraría cómo, la caricatura, la posibilidad de ser definido por un rol social, es una amenaza real tanto para la persona que vive en esa sociedad como para el escritor que escribe sobre ella. Éste debe saber manejar, entonces, la tensión entre lo social y lo personal. Los dos son verdad y ninguno, por sí solo, suficiente.

En esta novela la definición del personaje por su lugar o rol en la sociedad estaría controlada por la expresión de lo que deja fuera, por lo que no reconoce, de tal forma que, la presión contra la caricatura se convertiría en un tema del libro. Lo fundamental y característico de esta forma de escribir es, por tanto, que sería capaz de hacerlo de dos maneras a la vez. El autor se pregunta, entonces, si quizá el abogado podría aprender algo de estos escritores para llegar hablar de alguna forma que consiga lo que logra George Elliot en esta novela.<sup>260</sup>

White pone a las personas y al tratamiento que de ellas hace el lenguaje del Derecho en el centro de su proyecto formativo. Esto estaría orientado a que los futuros juristas sean más conscientes de la responsabilidad que tienen por su profesión así como a hacerles capaces de buscar nuevos recursos, nuevas formas de expresión que den voz a todo aquello que el Derecho deja fuera, a esa realidad y experiencia de las personas que es mucho más compleja. Para ello es preciso un conocimiento adecuado de su lenguaje, siempre sujeto a formalismos y en cuyo centro de encuentra una norma, con las limitaciones de sincretud, generalización y rigidez que le son propias.

Aunque hay en el Derecho cuestiones en las que la utilización de un lenguaje más técnico sería apropiado, habría, sin embargo, para White, otras en las que, debido a su importancia, nada debería ser excluido, en

---

<sup>260</sup> *Ibid*, pág.157.

las que se requeriría la más completa expresión de la experiencia humana.<sup>261</sup> Y a esta clase pertenecerían, para el autor, por ejemplo, los fallos sobre *insanity defense* en los procesos penales, en los que se decide si el acusado es responsable de lo que ha hecho y, por tanto, si debe ser castigado por ello.<sup>262</sup> La pregunta que, según White, debería entonces plantearse en estos casos es: ¿Quién es ese hombre?<sup>263</sup> El autor propone al respecto algunos textos en los que novelistas tratan de contestar a esta pregunta, e invita a los estudiantes a reflexionar sobre circunstancias de su vida personal en las que hayan sentido la importancia de expresar cómo es realmente una persona, cuál es la identidad que subyace bajo su apariencia social, su trabajo, sus hábitos o su forma de vestir.

Hasta aquí se habría tratado de reflexionar, fundamentalmente, sobre los límites que algunos lenguajes institucionales<sup>264</sup> y, en especial, el legal podrían imponer en la mente del que los utiliza: las exclusiones, los silencios, las rigideces y restricciones. Pero, también, habría sido intención del autor el que se compruebe cómo el hablar de cualquier cosa de forma satisfactoria resulta una tarea de extraordinaria dificultad. Las frustraciones del lenguaje legal, son, después de todo, un caso especial de las frustraciones mismas del lenguaje, lo cual permite conectar la actividad del abogado, los problemas que tiene que afrontar cuando trata de expresarse, con lo que otros escritores hacen o afrontan. Es, precisamente, desde esta esta premisa, desde la que se aborda el siguiente apartado de este *syllabus*.

---

<sup>261</sup> *Ibid*, pág. 111.

<sup>262</sup> *Ibid*, págs. 170-205.

<sup>263</sup> *Ibid*, págs. 108 y 111.

<sup>264</sup> *Ibid*, págs. 165-170.



## 1.2. Una poética para el Derecho<sup>265</sup>

### 1.2.1. El poema y la decisión judicial

White coloca una junto a otra las actividades del poeta y del juez y se pregunta si cierto aprendizaje en el estudio y crítica de la poesía podría ser de ayuda para entender y criticar el trabajo del juez. Como ya se ha mencionado anteriormente, esta comparación y sus beneficios es algo que el propio White pudo experimentar ya que su formación literaria previa a la jurídica le permitió percibir, como él mismo manifiesta, que la manera en que él aprendió a concebir la excelencia poética podría ser útil en la búsqueda por la excelencia en la escritura del Derecho.

White, como se describe a continuación, indaga en las dificultades a las que se enfrenta el poeta cuando escribe y, partiendo de las posibles similitudes que, desde este punto de vista, éste podría compartir con el juez, nos muestra la manera en que él aprendió que estas tensiones o dificultades podían ser correctamente resueltas por el poeta. De esta forma se estaría señalando una manera de proceder de la que quizá los jueces y los abogados puedan aprender. Es precisamente su manera de entender la excelencia poética y la posibilidad de aplicar algunos aspectos de ella a la escritura de las decisiones judiciales lo que se desarrolla en los epígrafes siguientes.<sup>266</sup>

---

<sup>265</sup> *Ibid*, págs. 208-296. Una experiencia importante que el autor ofrecería con algunos de los ejercicios que propone a los alumnos en *The Legal Imagination* es la del fracaso no sólo del lenguaje jurídico, sino de otros lenguajes: el de la psicología, el de la organización social, el de la crítica etcétera. Se trata de experimentar y ser consciente de esta dificultad, presente en todo escritor, como algo que afecta también al abogado: “la permanente ruptura del lenguaje en sus manos al tratar de usarlo”. Ninguno de nuestros lenguajes parece ser capaz de hacer lo que promete, ninguno puede aguantar las presiones de nuestras necesidades de verdad, orden y justicia. Esas serían, a juicio del autor, las condiciones de nuestra existencia. ¿Cómo hemos de enfrentarnos y manejar esas condiciones? Esta ha sido nuestra pregunta desde el principio a la que el autor no da una respuesta. Quizá la analogía que se hace en este apartado, la de que el Derecho puede ser considerado como una actividad imaginativa y un arte literario podría ser considerada como una propuesta de solución.

<sup>266</sup> Esto es algo que, como se ha dicho, el autor hizo de forma natural y cuya utilidad pudo experimentar.

### 1.2.2. El juez y el poeta<sup>267</sup>

Unas primeras reflexiones en la conexión que White establece entre estas dos formas de expresión, consistirían en preguntarse, por ejemplo, sobre el **motivo** por el que el poeta escribe poemas y el juez decisiones, y sobre porqué las leemos. El autor señala que podría responderse que el poeta escribe para transmitir un mensaje y el juez para anunciar una regla pero, si esto fuera así, White pregunta: ¿Por qué no nos basta con una simple declaración de la regla o del mensaje? ¿Por qué lo leemos aun conociendo la idea principal? En definitiva ¿Por qué necesitamos leerlas, ir más allá? ¿Por qué buscamos algo más que el simple mensaje y conocer de qué se trata?<sup>268</sup>

Con estas primeras preguntas el autor habría abierto la posibilidad de una primera similitud entre ambos modos de expresión. Ésta apuntaría hacia la idea de que ambas podrían compartir un mismo tipo de significado. De la misma manera que el simple mensaje de un poema, por ejemplo “todos los hombres deben morir, incluido yo”<sup>269</sup> no puede considerarse que constituya su significado, tampoco lo sería, para White, el mensaje (la regla) respecto de una decisión judicial. Si fuera así, según argumenta el autor, el poeta, simplemente, escribiría el mensaje, del mismo modo que la decisión judicial podría, sólomente, afirmar la regla. No habría necesidad ni de ritmo ni de métrica o de los efectos que produce una metáfora. No habría necesidad de explicar una decisión, de citar y conciliar otros casos y normas, ni de desarrollar un argumento que pueda resultar perdurable. El significado de un poema, entonces, para el

---

<sup>267</sup> *Ibid*, pág. 211. White comienza su análisis con esta pregunta: “¿Es el juez realmente un poeta?” Un estudio completo de la comparación entre estos dos modos de expresión puede encontrarse en el capítulo titulado: “The Judicial Opinion and The Poem” en *Heracles’ Bow*, *op. cit.*, págs. 107-138. Es éste un ensayo sobre lo que el autor denomina “*The Poetics of the Law*”. En él, White habla, en primer lugar, del método con el que él aprendió tanto el Derecho como la literatura. Éste consistió, en ambos casos, fundamentalmente, en el estudio de textos, decisiones judiciales en el primero y poemas en el segundo. Aprender a leer estos textos fue la base de su aprendizaje en ambos campos y, la lectura de los mismos, el modelo con el que asimilar o aproximarse a otro tipo de textos en cada campo.

<sup>268</sup> *Ibid*, pág. 212.

<sup>269</sup> *Ibid*, pág. 214.

autor, no sería la frase que lo resume, sino la experiencia de leerlo. Y no de leerlo, simplemente, sino de hacerlo con imaginación y ánimo de aprender, igual a como White entiende que debería leerse una decisión judicial.<sup>270</sup> Nuestra experiencia de los poemas no se reduce a una simple afirmación, a una idea, sino que pueden dejar una ambigüedad no resuelta, una ambivalencia o paradoja que no se puede poner de forma declarativa en una simple frase. Puede suceder que lo único que te deje su lectura sea una impresión emocional. White quiere destacar que aunque algún resumen siempre puede hacerse de un poema, debería verse que siempre hay algo más allá de él, más allá del mensaje, y que es precisamente eso lo que le da valor.

White pretendería que esto que tan fácilmente se aprecia en la poesía, pueda percibirse con respecto a las decisiones judiciales, es decir, que se comprenda que su regla, por la que será citada posteriormente en otra decisión, no constituiría únicamente su significado ni lo que tiene más valor en ella. Hay decisiones que podrían describirse de esa forma pero, como se ha argumentado anteriormente, la decisión judicial siempre es mucho más que eso. Su expresión, al igual que el poema, siempre definiría y ejemplificaría un tipo de educación.

Con estas primeras cuestiones acerca del significado en ambas formas de expresión, que nacían de preguntarse por qué son leídos y escritos ambos textos, el autor estaría buscando que se comenzara a tomar conciencia de hasta qué punto, en ambos casos, forma y fondo son cuestiones inseparables y, por tanto, la calidad del escrito no algo únicamente dependiente del mensaje que el escritor trata de transmitir en ellos, sino, fundamentalmente, del tipo de experiencia que al transmitirlo ofrecen al lector.<sup>271</sup>

En este análisis acerca de qué es lo que hace que estos dos modos de expresión sean algo mucho más que el simple mensaje o resumen que

---

<sup>270</sup> *Ibid*, págs. 214-215.

<sup>271</sup> James Boyd White, *Heracles' Bow*, *op. cit.*, pág. 117.

de ellos pueda extraerse, White señala que una de las razones que explicarían que esto sea así, podría tener que ver con el hecho de que todo escritor cuando escribe elige siempre un lenguaje, una forma de hablar que lleva consigo un conjunto de intereses. La dificultad del escritor consistiría, como se ha visto anteriormente, en conseguir controlar ese lenguaje, en lograr forzarlo o ajustarlo a sus propios propósitos. Se han examinado las tres técnicas tradicionales de control utilizadas por los escritores para ello: la metáfora, la ironía y la ambigüedad. El éxito del artista era reconocido, entonces, por una relación con el lenguaje, como la manera de conseguir que las palabras estén al servicio de su voluntad.

White inicia un estudio sobre la idea de metáfora en el poema y en la decisión judicial. Se sirve para ello de la introducción de Robert Frost titulada “The Constant Symbol” correspondiente al libro del mismo autor *The Poems of Robert Frost*<sup>272</sup> así como de un texto también de Robert Frost “The Figure a Poem Makes” de *Selected Prose of Robert Frost*.<sup>273</sup> El autor plantea un conjunto de preguntas acerca de si lo que dice Frost sobre el poema podría aplicarse a la decisión judicial.<sup>274</sup> Y así, por ejemplo, de la misma manera que Frost señala que el poema es metáfora en el sentido de “Decir una cosa que significa otra, de decir una cosa en términos de otra”, White propone pensar sobre si el Derecho es también una forma de hablar de una cosa en términos de otra, de la vida en términos de Derecho. Los hechos, que pueden ser descritos en el lenguaje ordinario de mil maneras y que existen por sí mismos al margen del Derecho, se convierten en materia jurídica y esta conversión es un acto de la imaginación. Habría al menos dos lenguajes aquí, dos formas de hablar. En la decisión del juez y en la metáfora del poeta la expresión vendría, en parte, según explica White, de una misma tensión inicial e incompatibilidad entre los lenguajes. Y, como cada caso es diferente,

---

<sup>272</sup> *The Poems of Robert Frost* (Modern Library ed. 1946), Ver en James Boyd white, *The Legal Imagination*, op. cit., págs. 216-220.

<sup>273</sup> *Selected Prose of Robert Frost* (Cox and Lathem ed. 1967), ver en *Ibid*, págs. 220-223.

<sup>274</sup> *Ibid*, págs. 223 y ss.

presentando un material diferente para una diferente conversión, sujeta a diferentes tensiones, la imaginación del juez debe estar preparada para trabajar en cada caso en sus propios términos. ¿No podría entonces aplicarse, apunta White, con respecto a la decisión judicial lo que Frost decía con respecto al poema: cada decisión judicial es “una nueva metáfora en sí misma o no es nada”?<sup>275</sup>

Basándose también en el texto de Frost, White dirige la atención a otros aspectos del poema que complicarían esta idea del significado como mensaje. En este caso se refiere al **movimiento**, para ver después cómo podría aplicarse la idea que Frost defiende al respecto en la decisión del juez.<sup>276</sup> El autor señala que Frost en todos sus ensayos habla del poema como movimiento, como algo con vida, forma, cambio y sorpresa. El poema, dice, va del placer a la sabiduría. El lector es primero cautivado, atraído, hasta que llega a una paradoja o verdad que debería haber visto y no vio. Empieza, por tanto, deleitando y termina en una aclaración sobre la vida, y no necesariamente en una importante, sino en un estado de momentánea claridad frente a la confusión. ¿Se puede decir lo mismo de la decisión judicial? Si el poema se mueve del placer a la sabiduría ¿Cuál podría decirse que es el movimiento de la decisión judicial?<sup>277</sup>

White plantea esto de otra manera, que sería la de preguntarse cómo podrían ser definidos los juegos del lenguaje que explican una decisión judicial: si se trata, simplemente, de una actividad de observar algo, de decir las razones, las reglas o la política aplicable y hablarnos sobre ellas o, por el contrario, una buena explicación debería envolver al lector en una actividad, en un proceso de algún tipo. Desde este planteamiento podría decirse que White estaría invitando a preguntarse si las decisiones judiciales son, pueden o deben ser, entonces, textos que

---

<sup>275</sup> *Ibid*, pág. 216.

<sup>276</sup> *Ibid*, pág. 226-227.

<sup>277</sup> *Ibid*, pág. 226.

van más allá de la mera descripción y, por tanto, carentes de vida o movimiento o deberían ser algo más.<sup>278</sup>

Otras cuestiones que señala Frost acerca del movimiento se refirirían a dos tensiones estructurales: entre el sonido o tono y su ordenación por el ritmo y la métrica y entre la afirmación lógica y la necesidad de excederla por alguna afirmación ilógica pero más significativa, esto es, entre lo racional y lo irracional. Intentar escribir poesía sin ellas sería, para Frost, un fracaso seguro ya que, según explica, escribir pura música sin métrica o pura métrica sin considerar el sonido real sería algo imposible. De igual manera, algo completamente ilógico, convertiría el poema en una tontería o lo completamente lógico en matemáticas.<sup>279</sup> Estas tensiones son, para White, como para Frost, fuentes de vida y energía. White se pregunta, entonces, acerca de las posibles tensiones estructurales que podrían encontrarse en una decisión judicial. Evidentemente no son las mismas que las del poema, una decisión judicial no se construye con sonetos, pero ¿Podría encontrarse en ella, como en el poema, una forma o un patrón de pensamiento, un modelo de engranaje o compromiso intelectual? Yvor Winters habla del poema como una técnica de contemplación, de comprensión. ¿Podría decirse algo parecido de la decisión judicial? Y en caso de que sea así ¿cómo podría ser esa técnica, ese símbolo constante, definido?<sup>280</sup>

Un objetivo fundamental del autor cuando estudia la posibilidad de aplicar ciertos criterios de crítica literaria a las decisiones judiciales sería, precisamente, el de tratar de que los alumnos se formen su propia respuesta a esta última pregunta.<sup>281</sup>

---

<sup>278</sup> *Ibid.*

<sup>279</sup> *Ibid.*, pág. 226.

<sup>280</sup> *Ibid.*, pág. 227.

<sup>281</sup> *Living speech* podría ser la propuesta del autor en este sentido.

Otras dos posibles comparaciones entre el poema y la decisión judicial que profundizarían y aportarían nuevos puntos de vista a esta nueva forma de mirar los textos jurídicos y lo que podría ser su excelencia, derivan de considerar en las decisiones judiciales lo que dice Sydney<sup>282</sup> sobre el poema: “que su actividad fundamental es la de conectar lo particular con lo general, lo individual con lo representativo”, esto es, de estudiar si ambas formas de expresión buscarían dar a los acontecimientos o experiencias individuales una significancia general, un significado representativo.<sup>283</sup> El poema de Blake “*The Sick Rose*” no es, obviamente, sobre un problema de horticultura, sino mucho más. ¿Cómo hacen estos autores para que lo que ellos escriben signifique mucho más? También en la decisión del juez, los hechos, la pena, etcétera, significan mucho más, ¿Con qué se conectan estos elementos particulares en la decisión judicial y cómo funciona ese proceso de conexión? Como se vio, ambos, el poema y la decisión judicial, tienen un significado que va más allá del mensaje, de una mera generalización. Pero se acaba de señalar que igualmente falso es decir que consisten simplemente en un conjunto de detalles. ¿Dónde puede este significado –sabiendo que no es la mera generalización ni tampoco los detalles- ser encontrado y cómo puede explicarse?<sup>284</sup>

Otro punto de comparación o similitud que el autor invita a establecer y que supondría la aportación de una perspectiva más a las ya vistas que enriquecería el punto de vista que White quiere sugerir a los alumnos desde el que afrontar su tarea de escritor, sería el de conocer y contemplar la tensión que podría encontrarse en las dos formas de expresión entre la complejidad y la simplicidad. En cuanto al poema, el autor hace referencia a la tendencia de la crítica a hacer de la complejidad y la ambigüedad los términos primordialmente elogiados, de manera que

---

<sup>282</sup> Sir Philip Sidney, *The Defense of Poesie* (1595). Ver en James boyd white, *The Legal Imagination*, op. cit., pág. 211.

<sup>283</sup> *Ibid*, pág. 227.

<sup>284</sup> *Ibid*.

el buen poema sería el que lo incluye todo y cada vez se complica más, hasta dejar al lector en un nido de paradojas cuanto más complejo mejor. Por otro lado, para White, el juez se encuentra inmerso en un cierto proceso de complicación ya que para decidir sobre un caso debe tener en cuenta todos los datos, los hechos probados, las normas y los casos relevantes ¿Hasta dónde puede llegar? El juez debe decidir y establecer su decisión de tal forma que suponga una guía o regla para el futuro. Para ello es necesario que simplifique. ¿Es ésta entonces una diferencia entre el poema y la decisión judicial?<sup>285</sup>

Para contestar a esta pregunta White nos remite de nuevo a la opinión de Frost sobre el poema, para quien una complejidad sin control no es una virtud. Tanto el poeta como el juez deben controlar y dar forma a lo que hacen. La medida de la excelencia poética, entonces, para White, no es el grado de complejidad y ambigüedad, sino el grado de complejidad y ambigüedad que puede el poeta controlar. En ambas formas de expresión hay una reducción de la posible complejidad pero a la vez siempre, en ambas, el escritor lucharía por un sentido de lo completo o de totalidad.

Otra de las cuestiones sobre las que se llama la atención en la comparación que el autor establece entre el poema y la decisión judicial sería la de preguntarse hasta qué punto ambas formas de expresión dependen de un lenguaje heredado.<sup>286</sup> La resolución judicial mira hacia atrás en busca de muchos de los materiales de su explicación: casos, normas, doctrina ¿Pasa, de alguna manera, lo mismo con el poema?

La intención fundamental del autor aquí sería la de observar cómo, en ambos casos, el lenguaje heredado proporciona una manera de trabajar sobre antiguas expectativas que son conocidas por el poeta y su

---

<sup>285</sup> *Ibid.*

<sup>286</sup> *Ibid*, pág. 228. El autor toma como punto de partida para estas consideraciones la visión que presenta T.S Elliot sobre el poema y su contexto intelectual en su ensayo "Tradition and the individual talent".



trabajo, entonces, muchas veces consiste en actuar sobre ellas. La pregunta sería si esto mismo es lo que puede hacer el juez en la decisión judicial.<sup>287</sup>

Para White, toda disputa es desorden y representa un caos potencial. Desde esta perspectiva, invita a los estudiantes a ver el sistema del lenguaje del Derecho, el lenguaje que heredan, como aquél que proporciona un camino por el que el desorden es limitado o reducido. Un lenguaje en el que una conclusión puede ser expresada o comprendida. Se lucha por una cosa, la solución, pero al mismo tiempo se estaría de acuerdo en muchas otras, evitando así que el desorden se extienda. Habría entonces una tensión que daría gran parte de la vida a las decisiones judiciales y que el juez tendría que controlar, que es la tensión entre el orden y el desorden.

White propone, entonces, pensar sobre las implicaciones que podría tener en la escritura de las decisiones judiciales el considerar el lenguaje heredado como el marco de acuerdo desde el que las conclusiones pueden ser comprendidas y desde el que algo nuevo podría hacerse y no como el conjunto de asunciones que, a través de la lógica o la razón llevarían, necesariamente, a una conclusión. Podría señalarse, que una primera consecuencia de ello sería que la tradición tendría un peso relevante y sería una premisa necesaria para la actuación, pero también,

---

<sup>287</sup> Para el autor, como se verá con mayor profundidad en el apartado dedicado al abogado-lector, todos los textos tienen un complejo significado multidimensional que deriva de su actuación frente a un conjunto de contextos, los cuales estarían definidos por las expectativas que se tengan respecto a diferentes cuestiones: la manera de utilizar el lenguaje; las relaciones sociales en las que el texto actúa; la experiencia que se tenga del medio en que es compuesto; su relación con el mundo fuera del texto; el lugar que ocupa respecto a un texto mayor o más amplio así como a la conversación en la que participa o a la que invita, ver en *Ordinary Language and Legal Language*, *op. cit.*, pág. 71. White muestra esta forma de entender el significado de los textos a través de la lectura y análisis de numerosas obras literarias como, por ejemplo, *la iliada* de Homero donde el autor trata de demostrar cómo este escritor pone en cuestión las premisas del lenguaje de la poesía épica en la que él mismo compuso el poema, ver en *When Words Lose Their Meaning*, *op. cit.*, págs. 24-58. Algo de esto puede apreciarse también en un diálogo de Platón donde el autor destaca el cambio que supone este texto respecto al lenguaje ordinario de valor y excelencia griego de su época, ver en *Acts of Hope*, *op. cit.*, págs. 3-44, o en el análisis de la poesía de Emily Dickinson y la importancia que tiene para la determinación de su significado el apreciar la actuación que su poesía supone respecto a las expectativas hacia el lenguaje de la poesía norteamericana de la época, especialmente el lenguaje poético de las mujeres, ver en *Ibid*, págs. 224-271.

en un mismo nivel de importancia, se estaría afirmando la necesidad y presencia del talento individual. White estaría invitando a los alumnos a que consideren hasta qué punto y de qué manera, el juez y el poeta pueden ver ese lenguaje heredado como un conjunto de materiales con el que cada escritor debe establecer su propia relación.<sup>288</sup>

Hasta ahora se ha mostrado cómo el autor establece diferentes conexiones entre materias que dependen del lenguaje, en concreto el poema y las decisiones judiciales. Éstas han ido en la dirección de desdibujar algunas concepciones respecto de ambas que las harían insignificantes la una para la otra: como que la literatura o poesía es una expresión únicamente emocional y personal y la expresión jurídica o judicial una solamente profesional y racional; que la expresión poética es la expresión de uno mismo y la del juez, simplemente, la de la interpretación del Derecho. Desde esta nueva visión que el autor busca destacar, un mismo conjunto de preguntas, como se ha visto, podrían hacerse a ambas.<sup>289</sup>

---

<sup>288</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination op. cit.*, pág. 229.

<sup>289</sup> El autor indaga sobre la posible presencia en las decisiones judiciales de otros elementos y tensiones que pueden encontrarse en la poesía, los cuales podrían añadirse a los ya mencionados. White se refiere, por ejemplo, a un nuevo componente, “la sorpresa”, sobre la que John Keats y Frost hablan como un elemento fundamental en todo poema, o la tensión entre el “orden y el desorden”, esto es, entre lo lógico y lo ilógico, entre la métrica y los contrastes de ritmo, o entre “lo privado y lo público”. A través del examen de algunos poemas, como “The Sun Rising” de John Donne, White descubre primero estos elementos en el poema y después se pregunta si en las decisiones judiciales podrían plantearse algunas tensiones de este tipo. En el estudio, por ejemplo, del poema de Frost “The Road Not Taken”, busca que los alumnos comprendan cómo el poeta convierte lo privado en público, cómo establece conexiones entre su propia experiencia y lo que todos sabemos. Si éstos consiguen dar un significado general a su propia experiencia, White se pregunta entonces cómo consiguen hacerlo sin caer en tópicos. El autor señala que el secreto podría estar en el uso de lo particular y en cómo consiguen que lo particular signifique algo más. La cuestión entonces es si los jueces al escribir sus resoluciones podrían organizar las materias de un caso de manera que tuvieran un significado representativo y, en caso afirmativo, por qué proceso esta creación de significado, esta metamorfosis, ocurriría. Otro de los elementos sobre los que White invita a reflexionar es “la paradoja”. En este caso se refiere a la afirmación “El lenguaje poético es el lenguaje de la paradoja” que hace Cleanth Brooks en *The Well-Wrought* (Harvest ed.1947). De nuevo haría pensar a los alumnos si existiría esta figura de alguna manera en las decisiones judiciales o si por el contrario sería un elemento que diferenciaría a éstas del poema. También, haciendo referencia en este caso a otro clásico de la crítica moderna *Seven Types of Ambiguity* (1930) de William Empson, White alude a la “ambigüedad” y a las palabras de este autor refiriéndose a esta figura, la cual se encontraría siempre, según las palabras de Empson, en el corazón y en las verdaderas raíces de la literatura “¿Se podría llegar a decir lo mismo de las decisiones

¿Cuáles son las tensiones estructurales, las cuestiones que dan vida e interés a ambos modos de expresión? ¿Cómo podría describirse el movimiento de una decisión judicial? ¿Qué habría más allá en ella del mensaje o la regla?

Todas estas cuestiones tendrían la pretensión de crear en el estudiante la sensación de que la calidad de la decisión judicial precisaría de algo más que de la expresión de una regla o mensaje de forma clara y precisa, al igual que ocurría con el poema. Ahora lo que se trata de perfilar es qué podría ser, en concreto, ese algo más. Ya se han avanzado varias cuestiones en este sentido cuando se ha hecho referencia a algunas de las tensiones que podrían estar presentes en la estructura de una decisión judicial y que el juez, de forma parecida a lo que hacía el poeta, debería entonces resolver: entre lo particular y lo representativo, entre lo lógico y lo ilógico, entre el lenguaje heredado y la mente individual, entre lo relevante y lo irrelevante, entre la complejidad y la simplicidad, entre el lenguaje legal y el no legal, etcétera. A continuación se expondrán otras nuevas y, a lo largo del *syllabus*, se profundizará sobre alguna de las mencionadas.

### 1.2.3. La narración de una historia en el proceso judicial

Para seguir avanzando en este camino y, con ello, ir contestando a las preguntas que se mencionaban en párrafos anteriores, se plantea el hecho de que ambas, la decisión judicial y el poema, casi siempre cuentan una historia.<sup>290</sup> El autor destaca que en todo proceso judicial se cuenta siempre una historia y se busca dar a un suceso o a una persona un nombre, una etiqueta, la de si es culpable o no etcétera. Pero el juez no podría empezar llamándoles tales cosas, ya que ese sería, precisamente, el objetivo final del procedimiento. White, por ello, señala que la historia

---

judiciales o por el contrario está todo claro en ellas?”. Ver en James Boyd White, *The Legal Imagination*, *op.cit.*, págs. 229-236.

<sup>290</sup> White puntualiza que aunque es evidente que no todos los poemas son narrativos, la mayoría sí tienen elementos narrativos. También aclara que la comparación que ahora va a establecerse, podría entablarse con todas las formas de narrativa literaria: teatro, novela, historia, relato, etcétera. Ver en *Ibid*, págs 237 y ss.

proporciona una manera de “controlar” el lenguaje legal, al requerir del juez que hable de dos maneras a la vez. De igual manera que en la literatura, la forma de contar las cosas, los elementos o detalles que se escogen, resultan esenciales y no sólo el mensaje, para el autor, la fuerza de las decisiones judiciales residiría, en gran parte, en el relato de los hechos y su tensión con el lenguaje jurídico. Aprender a ser un abogado o juez, para White, consistiría, en gran medida, en saber contar los hechos y manejar esta tensión.

#### **1.2.3.1. La tensión entre el relato de los hechos y el lenguaje jurídico**

¿Cómo podría manejarse bien esta tensión? White señala, en primer lugar, la existencia de una diferencia básica entre la retórica de las historias que cuenta el juez y las del abogado. En el primer caso, se trata de una retórica cuya finalidad es alcanzar una conclusión mientras que, en el segundo, lo que se pretende es llegar a un objetivo. En este segundo tipo de retórica, que es la que utilizaría el abogado, desde el principio se sabe a dónde éste quiere llegar y todo está determinado a ello.<sup>291</sup> White llama la atención sobre el hecho de que el caso del juez es distinto al del abogado de manera que, a diferencia de éste, aquél, en su actitud, en su mente y en su retórica debería mantenerse abierto, dejando al lector en suspense todo lo que pueda, exponiéndole uno por uno los argumentos que le parecen importantes. Esta sería una forma justa y honesta de proceder porque se concede al lector el pleno conocimiento de los elementos que se han tenido en cuenta para el juicio lo cual le permitirá determinar, verdaderamente, si éste ha sido adecuado o no.<sup>292</sup> White, sin embargo, señala que son pocas las decisiones judiciales en las que esto se hace.<sup>293</sup>

---

<sup>291</sup> *Ibid*, pág. 238.

<sup>292</sup> Ver James Boyd White, *Living Speech*, *op. cit* y James Boyd White, *When Words Lose their Meaning*, *op. cit*.

<sup>293</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, pág. 238.

Aquí se estaría comenzando a dar respuesta a la pregunta que se planteaba anteriormente sobre cuál podría ser el “movimiento” de una decisión judicial. Lo que parece que White defiende es que éste debería consistir en la expresión de un cambio de actitud, de una forma de ver las cosas a otra por una expansión de entendimiento. Para que esto sea así, el juez, entonces, debería contar los hechos como se ha dicho, sin decidirse, manteniendo la mente del lector receptiva, habiéndole mostrado todo lo que es necesario saber del caso, de forma que, finalmente, el lector pueda evaluar el trabajo del juez como bueno aun no estando de acuerdo con la decisión. Esto significaría, para White, ser verdaderamente imparcial, ya que la decisión contendría todas las voces del juicio y lo que se cuenta en ella, no estaría exclusivamente dirigido a una conclusión clara. No se habrían manipulado los hechos para ajustarlos a una determinada etiqueta.

Lo que conseguiría esta forma de escribir podría ponerse en términos de “honestidad” y “facilidad” en cuanto que, por una parte, sería una escritura que se abre a las dudas del lector, señalando los lugares de mayor debilidad, de mayor diferencia y, por otra, facilitaría que se tome lo que el juez dice en la decisión judicial por lo que realmente es, como la expresión de su pensamiento, de sus valores y su manera de ver las cosas.

Como el autor muestra a través del análisis del poema *The Road Not Taken*<sup>294</sup> se trataría, a su vez, de una forma de escribir que estimularía o requeriría del lector cierta actitud y un tipo de lectura. Para White, este poema está escrito de una forma que para su adecuada interpretación es necesario leerlo una y otra vez. Si no, no es posible captar los tonos, la ironía y es muy posible que se interprete en un sentido erróneo. Para evitarlo habría que preguntarse una y otra vez cómo responder a cada línea, con qué ironía deben ser tomadas las frases, etcétera. Después de muchas lecturas es posible que la conclusión a la que se llegue sea aún tentativa, de tal forma que uno se alegre de que alguien pueda mostrarle lo que ha olvidado o no ha entendido.

---

<sup>294</sup> *Ibid*, pág. 59.

El autor traslada estos planteamientos sobre el aprendizaje y la actitud que la buena poesía estimularía y requeriría del lector, a las decisiones judiciales: ¿Funcionan las decisiones judiciales de esta manera? ¿Puedes encontrar una decisión que conduzca a una clarificación de la vida? ¿Podrían aspirar a ello?

Esta manera de entender el poema, como un instrumento de educación, de manera que puede ser leído y juzgado como una forma de enseñar, de actuar en el lector para cambiarlo en un cierto sentido, tendría que ver con la respuesta de White a la pregunta que siempre se han hecho los literatos y que el autor menciona, de por qué se lee un poema, de cuál es, en definitiva, la importancia de la literatura.<sup>295</sup> El autor alude a algunas de las diferentes respuestas que se han dado a ésta por parte de los teóricos de la literatura<sup>296</sup> y señala a George Eliot en *The Natural History of German Life* (1856) y a lo que esta escritora dijo sobre el arte, como una visión próxima a la suya: “El mayor beneficio que debemos a los artistas, pintores, poetas, novelistas, es la expansión de nuestras simpatías. Las demandas o interpelaciones que se fundan en generalizaciones y estadísticas requieren una simpatía ya hecha, un sentimiento moral ya activo. Sin embargo, el cuadro de la vida que un gran artista puede dar, es capaz de sorprender incluso al superficial y al egoísta atendiendo a aquello que está fuera de ellos mismos, lo que puede ser llamado el material crudo, salvaje o sin tratar del sentimiento moral. Y desde estas palabras vuelve su mirada al Derecho y plantea: ¿Podría decirse lo mismo de una decisión judicial?<sup>297</sup>

Qué entiende White por literatura, los poemas o el porqué los leemos son cuestiones que determinan, en gran parte, el tipo de preguntas que desde allí podrían hacerse al Derecho, es decir, la enseñanza que desde la literatura podría obtener el abogado y el juez. Por

---

<sup>295</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, op. cit., pág. 240.

<sup>296</sup> *Ibid.*

<sup>297</sup> *Ibid.*

ello, como se ha dicho en la primera parte de la exposición donde se hacía referencia a los presupuestos, el tipo de relación y el posible enriquecimiento que el autor defiende que puede producirse entre estas dos disciplinas sólo sería posible y comprensible, desde su forma de entender la literatura y el Derecho.

Por otro lado, en cuanto a la forma en que se establece esa relación entre disciplinas, esto es, la manera en que se traslada lo que en una se aprende a la otra, ha podido apreciarse que, en el caso de White, no consistiría en el mero traslado de conclusiones o métodos, sin más, de una disciplina a otra. El autor enseña cómo aprendió él a entender, leer y juzgar la literatura, con el objetivo de demostrar cómo, desde ahí, es posible ver el Derecho de una forma en que nuevas preguntas son posibles, unas que quizá puedan aportar nuevos criterios desde los que poder considerar y juzgar la calidad de la escritura de los textos jurídicos, en este caso, especialmente, la de las decisiones judiciales.

#### **1.2.3.2. La narrativa en el abogado**

Como se decía, el relato de los hechos, el saber contarlos y manejar su relación con el lenguaje jurídico es un elemento clave de la buena escritura del juez pero, también, de la del abogado.

Como se ha visto, una de las actividades fundamentales del abogado consiste en gestionar la tensión entre la narrativa y la teoría, entre los hechos o la historia que le cuenta su cliente y el Derecho. ¿Cómo podrían ser estas tensiones definidas y resueltas? ¿Cómo aprender a hacer esto bien?

El abogado necesitaría conocer y dominar, por una parte, el discurso teórico o analítico, lo cual significaría saber dar razones, encontrar significados en explicaciones sistemáticas o teóricas, en órdenes conceptuales. Pero además, por otra, debería también saber escuchar y contar una historia, esto es, entender y encontrar significado en los

sucesos que ocurren.<sup>298</sup> El autor destaca y se interesa por este segundo aspecto. El primero es ya la materia sobre la que tratan la mayoría de los razonamientos y argumentos de los textos y las clases de Derecho.<sup>299</sup>

¿Qué importancia tiene y qué oportunidades puede aportar en la retórica del abogado, en sus escritos, el dominio del lenguaje narrativo?

Para comenzar a responder esta pregunta el autor plantea un conjunto de cuestiones relacionadas con la pervivencia de las historias y su poder para retener la atención frente al lenguaje teórico. Parece que no todo puede ser dicho en este lenguaje, que se demanda algo más que una explicación científica de las cosas ¿Por qué sucede esto? ¿Por qué la humanidad no ha dejado las historias en favor del discurso racional? ¿Qué es lo que las hace tan fascinantes?

White invita a los alumnos a pensar sobre los distintos efectos que producen en ellos estas dos formas diferentes de discurso cuando se les habla de un tema, como por ejemplo, el de la guerra. Su intención sería la de que se experimente cómo los diferentes argumentos teóricos que puedan darse acerca de asuntos como éste (los motivos, los costes o las razones para justificarla, etc.,) perderían fuerza o se desvanecerían ante el relato de una historia particular, como la de la muerte de un soldado, de lo que le pasó, de su sufrimiento, de lo que significó para él o su familia. Y lo mismo ocurriría también cuando se habla de determinadas condiciones comunes de la vida, como la pobreza, el racismo, la enfermedad etcétera, o de cualidades del espíritu y de los sentimientos. Frente a la fuerza de la narrativa, para White, el discurso analítico sobre materias como estas puede resultar no ser más que un “sermón de la peor clase”.<sup>300</sup>

La narrativa sería entonces una oportunidad para el abogado de expresar lo que difícilmente es expresable de otra manera, teniendo en

---

<sup>298</sup> *Ibid*, págs. 242 y ss.

<sup>299</sup> *Ibid*, págs. 247 y ss.

<sup>300</sup> *Ibid*, pág. 249.



cuenta, además, que estas historias pueden tener la cualidad de tomar vida por sí mismas, una más allá de las intenciones y del control del escritor, llegando a ser “tan persuasivas que el oyente, cualquiera que sean sus deseos, no pueda sacudírselas”. White quiere poner de manifiesto la fuerza u oportunidad que para el abogado representaría una buena historia, bien contada, ante un tribunal o en una negociación. Para ello sería útil conocer las complejidades a las que un escritor se enfrenta cuando comienza una historia, las diferentes elecciones y sus posibles consecuencias, así como los especiales riesgos a los que la narrativa del abogado se encuentra más expuesta.<sup>301</sup>

Una vez más, la comparación con lo que otros escritores hacen cuando afrontan la tarea de contar una historia, es el método empleado por el autor para que los futuros abogados conozcan y comprendan las dificultades que los abogados, en calidad de escritores, tienen que resolver al comenzar su relato. Ya se ha aludido a alguna de ellas, como la elección de los personajes, pero existen otras muchas, como las que hacen referencia al universo físico que el narrador crea y las consecuencias que éste comienza a tener sobre el significado del texto, o la manera en que el escritor decide estar presente en el texto a través de la voz que elige para narrar la historia. White estudia estas elecciones del escritor y sus consecuencias sobre el significado que se va creando en obras como *Nostromo* de Conrad, *Mimesis* de Auerbach o *Little Dorrit* de Dickens,<sup>302</sup> para luego trasladar las mismas preguntas acerca de estas elecciones al relato de los hechos en los diferentes escritos de un abogado: ¿Qué mundo crearás? ¿Qué mundo físico definirás, lleno de qué objetos, habitado por qué gente, imbuido de qué significado?<sup>303</sup>

Además, como de alguna manera sucedía en el caso del juez, el abogado debe ser consciente de que su narrativa corre el riesgo,

---

<sup>301</sup> *Ibid*, págs. 250 y ss.

<sup>302</sup> *Ibid*, pág. 253-256.

<sup>303</sup> *Ibid*, pág. 250.

especialmente, de convertirse al final en un tópico, ya que sus historias terminan siempre en una conclusión, en una conversión del personaje en una etiqueta, en un ejemplo de una teoría o idea.<sup>304</sup>

White propone pensar en el efecto de irrealidad que se produce cuando esto mismo sucede en la literatura y los personajes son tratados como caricaturas, sin matices, carentes de su complejidad real. La sensación entonces es de leer un cuento de niños donde la simplificación es necesaria para que la moraleja sea aprendida, pero en ningún caso aceptable para adultos con criterio que reconocen la realidad compleja de las cosas. White contrapone esta impresión con la lectura de algunos textos literarios en los que este riesgo es superado, como *orgullo y Prejuicio* de Jane Austen, *Our Mutual Friend* de Dickens, *The Winter Tale* de Shakespeare, *The Hostage* de Brendan Behan, o *El Avaro* de Moliere.<sup>305</sup> La idea que el autor querría destacar en todas ellas es que la grandeza de estas historias, lo que las hace buenas y creíbles es que de ellas se desprende la sensación de que los acontecimientos han sucedido de una manera pero que podrían haber sucedido de otra. De esta manera, por ejemplo, para White, gran parte de la fuerza de una comedia como *El Avaro* procede de la percepción de que Harpagón podría haberse impuesto, aunque finalmente quedó en ridículo.

White profundiza más sobre este asunto a través de un estudio comparativo entre la actividad de los abogados y la que llevan a cabo los historiadores. Para el autor, ésta guardaría una especial similitud con la tarea del abogado en cuanto a que ambos, en sus relatos, no sólo tratarían de contar una historia sobre un conjunto de hechos reales sino que, además, buscarían siempre transmitir lo que éstos significan. De esta manera, el esfuerzo de ambos no consistiría, sin más, en proporcionar un conjunto de sucesos o detalles. En sus historias, abogados e historiadores tienen que hacer necesariamente generalizaciones y resúmenes así como

---

<sup>304</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, op. cit., pág. 256 y ss.

<sup>305</sup> *Ibid*, págs. 257-262.

alcanzar conclusiones. Al hacerlo, se enfrentan, entonces, a una tensión parecida entre la historia y la teoría y a unos riesgos muy similares en la manera de solucionarla.<sup>306</sup> Entre éstos White destaca, por ejemplo, el de que el historiador busque que la historia encaje en su teoría, de forma que la narrativa termine siendo un simple ejemplo de autojustificación o, por el contrario, el de que la historia quede oscurecida con un exceso de detalles, con dudas innecesarias, fracasando entonces en el intento de sentar una verdad genuina.

White se pregunta si éstos no pueden ser también errores del abogado. Para comenzar a estudiar cómo podrían evitarse, plantea una primera reflexión acerca de qué es lo que verdaderamente uno busca cuando acude a un relato histórico. Si es, simplemente, que le cuenten una historia del pasado, un conjunto de acontecimientos o hechos no interpretados o si, más bien, lo que persigue es una explicación de ellos.<sup>307</sup> El propósito de este primer planteamiento sería que los alumnos perciban los dos mundos, los dos procesos de pensamiento entre los que debe manejarse el historiador: el de dar significados y generalizar y el de inspeccionar, dudar, rescatar hechos ciertos y buscar pruebas. El de las demandas de la realidad y las de la imaginación y la necesidad, entonces, de que el historiador encuentre un lugar para sí mismo entre ellas. ¿Cómo lo hace? ¿Qué lección podría haber aquí para el abogado que debe enfrentarse a una tensión similar entre estos dos tipos de lenguaje?

El autor estaría sugiriendo que la tarea esencial del historiador no es una mera actividad descriptiva de unos hechos, o una actividad en la que

---

<sup>306</sup> *Ibid*, pág. 262-296.

<sup>307</sup> El autor señala algunos de los muchos autores que han tratado la naturaleza de la narrativa histórica como: P. Gardiner, *The Nature of Historical Explanation* (1952); W. Dray, *Laws and Explanation in History* (1957); E. Carr, *What is History?* (1961); P. Geyl, *Debates With Historians* (1958); A. Momigliano, *Studies in Historiography* (1966), y destaca la obra "The Concept of Scientific History" en *Philosophical Analysis and History* 23, en la que Isaiah Berlin pone de manifiesto lo equivocado de pretender reducir a las reglas de la descripción o a un determinado sistema de análisis la complejidad y variedad de asuntos que tiene en cuenta el buen historiador. Esto supondría, para Berlin, intentar reducir la historia, el complejo universo de lenguajes que encierra, a uno solo, un intento que es calificado por el autor como "tonto y destructivo". Ver en James Boyd White, *The Legal Imagination*, op. cit., pág. 267.

lo apropiado sea aplicar un determinado sistema de análisis sino que, más bien, se trataría de una búsqueda y defensa imaginativa de significados para los acontecimientos y, por tanto, una actividad más parecida a la de la novela o el Derecho.

White llama la atención sobre las muchas maneras en que el historiador puede contar su historia. En ella podrá manejar los numerosos y complejos datos de la realidad como él decida y, al hacerlo, inevitablemente les aplicará un significado. Podría decirse que, siendo esto así, el ideal que White estaría tratando de transmitir para realizar bien esta tarea es el de “honestidad,” al poner de manifiesto que el significado del texto histórico no ha de ser producido como resultado de una teoría a la cual se han ajustado los hechos que se relatan, sino que los hechos han de ser expuestos de tal forma que sea de esa misma exposición de la que se saquen las conclusiones. Esta manera de expresarse dejará y reconocerá la posibilidad de que éstas, las afirmaciones o conclusiones a que se lleguen, queden abiertas a otras posibles interpretaciones,<sup>308</sup> reconociéndose entonces sus límites, esto es, desprendiéndose del texto que el historiador es consciente, y así lo expresa, de que lo que cuenta responde a su visión de las cosas.

#### 1.2.3.3. *Educative Frienship*<sup>309</sup>

El autor se refiere a esta forma de escribir-la cual sería reflejo de cierta actitud del escritor- con el nombre de “*Educative friendship*”.<sup>310</sup> Con esta expresión White estaría tratando de definir un ideal de escritura. Su

---

<sup>308</sup> La fuerza persuasiva, la calidad en la escritura, para White, estaría en gran parte en este hecho. Recordando lo que se dijo sobre Moliere, mucha de la fuerza de la obra y de sus personajes reside en que el final de la historia no es absolutamente necesario, en que podría haber sido de otra manera. La calidad de la escritura en el historiador y en el abogado, para White, pasaría por esa honestidad de reconocer y expresar lo que el abogado y el historiador hace cuando escribe, cuando cuenta una historia, cuando bucea en la compleja y confusa masa de los hechos y trata de darles un significado.

<sup>309</sup> Otra aproximación a la idea de *Educative Frienship* de White puede verse en Gaaker, A. M. P, *Hope springs eternal: an introduction to the work of James Boyd White*, op. cit., págs. 61 y ss.

<sup>310</sup> James Boyd White, *The Legal Imagination*, op. cit., pág. 294 y 295.

forma de hacerlo, de nuevo, no es a través de conceptos o de una teoría sino del análisis de textos en los que éste pueda ser apreciado, como ocurre con la obra de Clarendon, *History*. White utiliza este texto como modelo de lo que un historiador puede conseguir cuando dirige las tensiones entre la historia y la teoría, entre la realidad y la imaginación. El propósito sería trasladar después lo aprendido al Derecho para plantear si podría hacer lo mismo un abogado o juez cuando trata de afrontar unas tensiones similares.

En este libro, cuyo título original fue "*A true Historical Narration of The rebellion and Civil Wars in England*", Edward Hyde, el primer duque de Clarendon, cuenta la historia de las guerras civiles en Inglaterra, unos hechos sobre los que él mismo tuvo una extensa experiencia. Con su estudio se busca contrastar esta forma de narrar "*Educative Friendship*" con la forma moderna de hablar acerca de la historia o de lo público (en debates, libros de Historia moderna y sociedad, artículos en periódicos de crítica social, etcétera), de manera que los futuros abogados puedan sacar sus propias conclusiones al respecto.

No obstante, White aporta las suyas. Para el autor, mucha de la gran literatura sobre política y sociedad moderna parece haber sido escrita con una enorme confianza (o más bien un exceso de la misma) en un solo lenguaje, como si éste pudiera explicarlo todo a los que la leen o reciben sus verdades. Este historiador comenta desde fuera y cuenta lo que ve. Habla de fuerzas sociales, tendencias, modelos, grupos, y lo hace siempre en el lenguaje de los problemas y soluciones sociales. Frente a esta forma de narrar, White analiza la manera en que lo hace Clarendon, el cual, habiendo sido actor en aquello de lo que habla –primero en el lado del parlamento contra los abusos de la corona, y después contra el parlamento cuando asume el poder soberano– su historia es la de aquél que siente los acontecimientos cargados de significado y emoción. El no escribe para poner los hechos en la mesa del laboratorio para su análisis por posteriores historiadores, sino para expresar sus propios juicios de los acontecimientos de los que habla. Este historiador mira al mundo del que tiene una experiencia práctica y sobre el que ha pensado e intenta dar un sentido a lo que ve. White quiere llamar la atención, cuando analiza los

propósitos de Clarendon en este libro, –los cuales resume como una búsqueda por explicar una enorme catástrofe pública- sobre el hecho de que su explicación o relato no se lleva a cabo en términos de fuerzas sociales, sino en los de los caracteres y cualidades de las personas que participaron en los acontecimientos. También resalta la manera en que el escritor reconoce, en su forma de expresarse, los límites de su intento, manteniendo viva la sensación de que toda explicación es parcial y de que más allá de ella siempre está lo que no puede ser expresado. Finalmente, estudia el tipo de experiencia que esta narrativa ofrece al lector, señalando que lo que Clarendon define es un proceso de destrucción contado a través del retrato detallado de las actitudes y habilidades de los rebeldes y de la ineptitud y dejadez de los amigos del rey y la Constitución al resolver un asunto tras otro. Es esta, para White, una manera de expresar la destrucción de un orden y unos valores haciendo sentir al lector algo de lo que el propio Clarendon sintió, definiendo la civilización cuyo fin lamenta a través de las crisis de las vidas de los hombres individuales. Clarendon, como destaca White, no se limita a observar y dar una explicación cualificada y completa de lo sucedido sino que, a medida que la narrativa progresa, las dudas y la confusión, paradójicamente, aumentan, los acontecimientos se multiplican y complican y la seguridad se convierte en duda. El escritor no habla como un observador sino como una persona que ha tratado de sobrevivir en ese mundo, involucrando al lector en la pregunta que se hace a sí mismo de cómo vivir bajo esas condiciones. Es éste para White uno de los grandes logros del libro, el que consigue ser dos cosas a la vez: un relato de los asuntos públicos y una manera de establecer la pregunta de cómo vivir en un mundo de esta complejidad. El autor señala que la conciencia de la dificultad de explicar los grandes sucesos de la historia se combina con la contradictoria demostración de que, a veces, toda la habilidad y toda la virtud, toda la excelencia de mente y espíritu tienen enormes consecuencia prácticas. El mundo de la moralidad y los acontecimientos públicos son uno. La experiencia pública y la privada confluyen.

Es esta honestidad y franqueza en la exposición, expresada en esa experiencia que el autor ofrece al lector, haciéndole partícipe de su pregunta de cómo sobrevivir en un mundo tan complicado e incierto, de

sus explicaciones, de su experiencia, de lo que él ve, siente y piensa, de los límites, complicaciones y dudas, lo que podría decirse que define, en parte, ese ideal de *Educative friendship*. A través del estudio de obras como ésta, White busca presentar un posible estándar de escritura -en cuanto que se adecuaría a lo que ésta debería reflejar dadas las circunstancias reales de nuestra existencia y la realidad del lenguaje- que pueda funcionar de guía para la crítica de textos literarios incluyendo dentro de éstos, también, a los históricos e invita a los abogados, jueces y estudiantes de Derecho a preguntarse si ellos no podrían hacer algo parecido cuando escriben textos jurídicos.

Es la relación que el escritor establece con el lector, como se ha visto, un punto clave en el que White centra la atención. Y ante la multitud de posibilidades que cabrían a este respecto, ¿Cómo hacerlo correctamente? Si se trata de un aspecto fundamental de la calidad de un texto ¿Qué tipo de relación sería la adecuada? El autor, a través del ejemplo que proporciona esta obra, estaría intentando dar algún tipo de respuesta a estas preguntas. Parece que, como se ha visto, esta adecuada relación tendría que ver con que el escritor ofreciera en su texto un cierto tipo de educación al lector y lo hiciera con la honestidad, franqueza y tratamiento de igualdad que están presentes en una relación de amistad.

Son estas características de la escritura que el autor identifica con el ideal de "*Educative Friendship*" sobre las que White vuelve cuando habla de "*living speech*" para profundizar sobre ellas, desarrollarlas y justificarlas desde una nueva perspectiva.<sup>311</sup>

---

<sup>311</sup> Ver, James Boyd White, *Living Speech, Resisting the Empire of Force*, op.cit y James Boyd White "Free Speech and Valuable Speech: Silence, Dante, and "The Marketplace of Ideas"", op. cit. Un resumen del primero de los libros citados que contiene otra aproximación a la idea de *Living speech* y al imperio de la fuerza, puede verse en Brueggemann, Walter. "Life-giving speech amid an empire of silence. James Boyd White. *Living Speech: Resisting the Empire of Force*". Princeton : Princeton University Press, 2006. 105 *Michigan Law Review*. (April, 2007) págs. 1115-1132

### 1.2.4. *Living speech*

Con esta expresión el autor se estaría refiriendo a una forma de utilizar el lenguaje que reflejaría el esfuerzo del escritor por liberarse o prescindir de aquellos modos de expresión que califica como muertos o sentimentales.<sup>312</sup> Para White sería precisamente a través de éstos cómo “el imperio de la fuerza” funcionaría y lograría extenderse. Como se ha visto cuando se ha hecho mención en los presupuestos a esta idea del imperio de la fuerza quedarían incluidas, dentro de éste, todas aquellas maneras de pensar e imaginar el mundo- que se constituyen y expresan a través del lenguaje- en las que los “otros” son considerados o reducidos a meros objetos, que niegan a sus iguales su derecho a demandar una vida de significado y realización, que no reconocen su común humanidad.

White destaca, entonces, la importancia de ser capaces de reconocer estos modos de expresión, de resistirlos y no imitarlos.

¿Cómo hacerlo? ¿Podría ser el Derecho una forma organizada de resistir el imperio de la fuerza, de respetar la humanidad de otros?<sup>313</sup>

Para dar respuesta a estas preguntas, se debería primero ser consciente de que todos, incluidos los abogados y los jueces, podemos ser agentes, sin saberlo, del imperio de la fuerza, y ello en la medida en que, sin darnos cuenta, podemos adoptar a través del lenguaje modos de

---

<sup>312</sup> El autor presenta el lenguaje publicitario y el de los eslóganes como ejemplos paradigmáticos de estos modos de expresión. Ver en James Boyd White, *Living Speech*, *op. cit.*

<sup>313</sup> *Ibid*, pág. 9. Podría decirse que ésta es una de las preguntas u objetivos fundamentales de la propuesta de “Derecho y Literatura” del autor. Como se ha dicho, para White, el respeto al otro en el uso del lenguaje, en la forma en que construimos las verdades de este mundo, es una garantía de justicia, la única posible y permanente en un mundo incierto y en constante cambio. En qué consiste respetar la humanidad del otro no es algo, para White, que pueda definirse conceptualmente. El autor entiende que una educación sobre estas cuestiones es posible analizando en diferentes textos si del uso que ha hecho el escritor de su lenguaje puede deducirse que el “otro”, aquel del que el escritor habla, o al que se dirige, el lector, han sido respetados como personas iguales y autónomas, si se ha hablado de ellos o hacia ellos con franqueza y honestidad. White propone estas lecturas estos textos a los abogados y jueces como posibles estándares que puedan quedar en sus mentes y les puedan servir de criterio o guía cuando escriban y lean Derecho.



pensamiento e imaginación que niegan la común humanidad.<sup>314</sup> Por ello, para resistir esta posibilidad o tendencia, White sitúa la lucha en los lenguajes que conforman nuestro mundo. Aprender a escribir bien se revelaría como una actividad esencial en la medida en que ello consistiría, como ya se ha visto, en la capacidad de controlar esos lenguajes y, para ello, de entenderlos, de conocer y ver críticamente los hábitos de pensamiento y expresión que hay detrás de ellos. Sólo así podrán ser vistos con perspectiva, con la objetividad y distancia que haga posible que el escritor pueda utilizarlos para sus propósitos, en vez de que se convierta en su agente o esclavo.<sup>315</sup> Aprender a escribir bien sería, como el autor quiere enfatizar con su ideal de *Living Speech*, saber reconocer y resistir esas fórmulas muertas, mecánicas y acríticas de expresión.

#### 1.2.4.1. Reconocer y resistir las fórmulas muertas de expresión

El autor pone de manifiesto las especiales tentaciones y presiones a las que pueden verse sometidos los jueces de la Corte Suprema y el resto de jueces de hablar o escribir de esta forma burocrática. También los abogados, cuya escritura muchas veces consiste en haber puesto juntas las palabras: normas, citas, argumentos, conclusiones, de forma predecible, sin suscitar interés alguno, sin que se vea el trabajo de una mente individual.<sup>316</sup> Se llama la atención sobre la especial responsabilidad de estos profesionales de resistir estas tendencias sin descanso, de conseguir unas composiciones vivas "*Living Speech*" en las que se manifieste la presencia de la mente e imaginación de quien las escribe. Es

---

<sup>314</sup> A lo largo de la explicación del *Living Speech* y de la lectura y análisis de los distintos textos se avanzará también en la comprensión acerca de cuándo y cómo se podría estar negando la humanidad del otro a través del uso del lenguaje.

<sup>315</sup> James Boyd White, *Living Speech*, op. cit., págs 5-12. Serían estos los objetivos fundamentales que se han señalado al comienzo del *syllabus* y, por tanto un paso previo necesario para lograr un *living speech*.

<sup>316</sup> "*To sound like a Lawyer not to be one*", Ver en *Ibid*, pág. 15.

este el medio, según White, de evitar que el Derecho pueda convertirse en un actor fundamental del imperio de la fuerza.<sup>317</sup>

### ¿Cómo conseguir un *living speech*?

White, una vez más, no proporciona una definición teórica ni un conjunto de reglas que cumplir, sino el análisis de la experiencia que ofrecen diferentes textos.<sup>318</sup> El método para aprender a reconocer y resistir esas formas mecánicas y muertas de expresión es el estudio y comparación de textos de muy variada índole (jurídicos, bíblicos, la escritura de unos niños, poemas etcétera).<sup>319</sup> Algunos son propuestos como ejemplos de aquellas, otros, entre los que destacaría, como ejemplo paradigmático, *la Divina comedia* de Dante,<sup>320</sup> mostrarían en qué podría consistir esa forma de escribir "*Living Speech*" la cual, como se verá, sería aquella capaz de reflejar la presencia y los esfuerzos de una mente individual por encontrar significados, que reconoce las dificultades de este proceso y sus limitaciones y que hace partícipe al lector de todo ello, ofreciéndole una experiencia que amplía su capacidad de percepción y juicio.<sup>321</sup>

---

<sup>317</sup> *Ibid*, págs. 7-16.

<sup>318</sup> Es este mismo método el que se ha visto que el autor utilizó para ilustrar sobre el ideal de "*Educative frienship*". White ofrecía la oportunidad de pensar y comparar, a través de diferentes textos, las distintas posibilidades o maneras en que un escritor o historiador puede narrar su historia: de una forma impersonal, científica, externa, teórica o la que utiliza Clarendon. Esto permitiría que sea el propio alumno el que experimente y comprenda la diferente fuerza y el distinto efecto que todas estas formas de narrar ejercen sobre él. Sería esto mismo lo que se propone el autor cuando habla de "*living speech*" y lo hace a través del texto que según White mejor ejemplificaría este ideal: *La Divina comedia* de Dante. Aunque podría decirse que lo que el autor destaca de una y otra obra es muy similar, White en este caso no la compara con la forma de narrar de los historiadores modernos, sino con esas formas de hablar y escribir que el autor califica como muertas.

<sup>319</sup> James Boyd White, *Living Speech*, op. cit.

<sup>320</sup> *Ibid*, Ver especialmente págs. 19 a 28 y 160 a 169

<sup>321</sup> Se trataría de un tipo de escritura en el que se aprecie la "presencia de una mente individual hablando desde un silencio interior a un lugar similar en el lector". "Una composición que no consiste en la repetición de fórmulas muertas o rutinarias sino que tiene una vida propia que resiste los atractivos de las ideologías, eslogans y clichés". Un texto que define al lector como una mente independiente y que por tanto no le dictará un juicio sino que le brindará la oportunidad de que sea él mismo quien lo

#### 1.2.4.2. “*Knock! Knock! Anybody at home?*”<sup>322</sup>

En nuestra cultura gran cantidad del lenguaje que aprendemos o recibimos de otros: de nuestros profesores, amigos, de los libros, la televisión, los periódicos, etcétera, puede consistir en estereotipos, frases, fórmulas, en expresiones que llegan a nosotros con la autoridad del mundo, un tipo de lenguaje que, como trata de mostrar el autor, pide o invita al lector a que reitere, de forma acrítica, lo que ha recibido.<sup>323</sup> A su vez, como cada uno de nosotros estamos hechos por el mundo que habitamos, debemos ser concientes de que nuestras elecciones aparentemente más privadas y personales, las raíces de nuestra imaginación, pueden estar corruptas por algo malo o equivocado que hayamos interiorizado, siendo posible que lo que ahora nos parece natural y correcto con el tiempo nos parezca falso y equivocado. Es necesario, para el autor, entonces, no conceder a las elecciones nuestras y a las de otros una autoridad incuestionable. No debemos abandonar nuestra capacidad de juicio, sino formarnos en ella y ejercitarla.<sup>324</sup> Pero esta actividad requiere el esfuerzo de vencer las dificultades que lleva consigo describir y juzgar la experiencia así como resistir el impulso de no asumir esta responsabilidad.<sup>325</sup>

---

haga. *Ibid*, pág. 44. Un *Living Speech* sería, entonces, según lo que se ha visto que era el imperio de la fuerza, una manera de resistirlo. En *Ibid*, White analiza textos de diferentes géneros para después volver siempre sobre *La Divina Comedia* de Dante como ejemplo de su ideal de *Living Speech*. Podría decirse que con ello lo que el autor pretende, de nuevo, es que pueda experimentarse el diferente efecto que producen ambos tipos de expresión en el lector, invitando a descubrir la visión del mundo y del ser humano que puede haber detrás de cada uno de ellos.

<sup>322</sup> *Ibid*, pág. 58.

<sup>323</sup> *Ibid*, pág. 50.

<sup>324</sup> *Ibid*, pág. 32.

<sup>325</sup> *Ibid*, pág. 38 y 39. White analiza el poema de Frost “*The Road not Taken*” y utiliza su lectura como una metáfora o manera de experimentar nuestra querencia a escurrirnos de las verdaderas dificultades de describir y juzgar la experiencia. A través de su estudio trata de demostrar la tendencia a interpretarlo teniendo en cuenta únicamente la última frase, en vez de leerlo atentamente, haciendo un esfuerzo por entender el significado. El autor señala que el verdadero tema de este poema no sería la naturaleza de las elecciones humanas, sino la manera en que una frase o slogan se apodera de la imaginación colonizándola. Sobre la carga mágica que puede llevar el lenguaje y el poder que tiene de actuar sobre nosotros, frente a nuestras mentes, frente a nuestro juicio crítico, frente a nuestro

¿Cómo aprender a comprender los lenguajes que habitan nuestra mente y establecer la suficiente distancia con ellos como para que puedan ser objeto de atención crítica? ¿Cómo conseguir no limitarnos a repetirlos sino doblegarlos a nuestros propósitos? ¿Cómo podemos aprender a entender nuestra propia tendencia a hablar y escribir de forma sentimental, mecánica o predecible y cómo resistirlo? ¿Cómo aprender a estar presentes en nuestros escritos como mentes y personas diciendo lo que queremos decir?<sup>326</sup>

El autor estaría ahora poniendo mayor énfasis en tratar de dar respuesta a las dos últimas preguntas. Para ello intenta llegar a la raíz del problema, al momento en que se gestan los hábitos de escritura. Inicia entonces un análisis acerca de las deficiencias y virtudes de un conjunto de textos escritos por niños en torno a los doce años y reflexiona sobre la manera en que se enseña a componer textos en estos años de la infancia.<sup>327</sup>

El autor descubre en algunos de estos textos, aparentemente bien escritos, la existencia de clichés, de expresiones impersonales y no elaboradas, de frases que su escritor ha oído una y otra vez pero que no

---

conocimiento de los hechos. El propósito del poema sería, para White, precisamente, el de resistir el impulso del cliché que estimula en nosotros.

<sup>326</sup> *Ibid*, pág. 50. Son estas preguntas las que estarían detrás, como podría deducirse de lo hasta ahora visto, de gran parte del *syllabus* que se ha confeccionado. Serían estas cuestiones esenciales en la formación de los escritores, y también de los abogados dentro de esa visión del Derecho en el que éste es un lenguaje más que forma parte de una cultura y que a la vez contribuye a su constitución. Sería un interlocutor más en esa conversación más amplia en la que participan distintas comunidades de profesionales, cada una de ellos con un lenguaje diferente y, por tanto, con distintas motivaciones y propósitos. Una visión del Derecho que, para White, como se ha visto, no sólo sería más acorde con las circunstancias de nuestra existencia y la realidad del lenguaje, sino que, para él, imaginar la vida como un mundo de personas hablando unas con otras llevaría a reconocer que cada persona tiene su sitio en el mundo, su propia mente y su propia experiencia, su derecho propio a expresar los significados que encuentra en la existencia, en definitiva, una forma de ver todo ello que podría conducir hacia el reconocimiento real y efectivo y no sólo teórico, de la igualdad. *Ibid*, pág. 44. Es esta visión común de una misma actividad la que permitiría, como se ha mostrado que defiende White, el enriquecimiento mutuo entre disciplinas.

<sup>327</sup> *Ibid*, págs. 51-60. Los textos que White somete a análisis son tomados de: David Holbrook, *Children's Writing* (Cambridge: Cambridge University Press, 1967), pág. 83 y David Holbrook, *English for Maturity* (Cambridge University Press, 1961), 148-49. Ver nota 1 en James Boyd White, *Living Speech*, *op. cit.*, pág. 51.

ha hecho tuyas. Llama la atención, también -como un elemento más que delata esta falta de presencia del escritor- sobre la ausencia de organización en los elementos utilizados en alguna de las descripciones, donde éstos aparecen simplemente enumerados, haciendo lo que se espera de ellos que hagan, sin que pueda apreciarse la experiencia personal en la observación de esos detalles. Se trataría de una descripción que no dice nada del que escribe, de sus sentimientos y pensamientos, de la naturaleza de su experiencia y de su capacidad de pensar sobre la misma. Uno no sabe lo que sucedió, en qué orden y la posición desde la que el escritor observó y juzgó. White compara este texto con otro en el que el flujo de la mente del escritor corre por él de forma auténtica y directa, enganchando con el lector y logrando que éste se preocupe por lo que al escritor le sucede.

Del primer texto no podría deducirse que el escritor vea la vida en clichés sino que, seguramente, es la forma de expresarse que ha aprendido en el colegio para obtener buenos resultados. Ha prescindido de su mente y experiencia, no ha dicho realmente lo que quiere decir sino lo que pensaba que debía decirse, ha sido prisionero de las expectativas que le rodean. El autor pone de manifiesto que con ello el escritor está negando la realidad y el valor de su propia experiencia, de su propia mente. Se está privando de su capacidad para describir su experiencia y darle un significado, de expresar su propia manera de imaginarse a él mismo y al mundo. Está renunciando, en definitiva, a una de las características o capacidades más definitorias y de valor ser humano. Negar o renunciar así a nuestra propia humanidad nos incapacita, según White, a reconocer la de otros. Es este un hábito de la mente de enorme trascendencia no sólo para el que lo tiene sino para el mundo ya que sobre él dependería, en última instancia, la propaganda de la tiranía para adquirir su poder y su fuerza.<sup>328</sup>

El autor se esfuerza, por ello, en proporcionar una enseñanza en la que el alumno ejercite su capacidad tanto de tener algo que decir como

---

<sup>328</sup> *Ibid*, pág. 57 y ss.

de poder expresarlo, en la que aprenda a ver la diferencia entre un lenguaje muerto y uno vivo, a resistir los clichés, los dogmas, las doctrinas, las metáforas vacías, las frases estandarizadas o las verdades estereotipadas que pueblan las mentes, de manera que logre adquirir así un tipo de expresión en la que ellos estén presentes como personas y como mentes, declarando el valor y realidad de su propia experiencia y juicio.<sup>329</sup> White señala que para poder escribir así uno tendría que tener algo que decir, algo propio y no meramente replicativo de otros. Debe así mismo comprender los lenguajes que usa y dominar el arte de utilizarlos y transformarlos.<sup>330</sup>

El autor translada estas reflexiones al Derecho. Como anteriormente se ha señalado en los presupuestos, es frecuente la expectativa de que el Derecho se puede aprender como un conjunto de normas que deben ser aplicadas de forma más o menos rutinaria a los hechos o casos. Como también se ha expuesto, esta imagen del Derecho no funcionaría ni en la facultad ni en la práctica, ya que el abogado y el juez están permanentemente enfrentados a problemas de interpretación y armonización del Derecho en relación con unos hechos que son ellos mismos inciertos. Sin embargo, como se veía, el autor advierte que, al igual que lo que ocurría con respecto a los métodos de enseñanza de escritura en los colegios, mucho de lo que se se hace en las facultades de Derecho iría por el mismo camino de buscar que se cumplan unas expectativas, de agradar a una audiencia y no de buscar y encontrar si uno tiene algo que decir y saber decirlo.

---

<sup>329</sup> El autor señala como ejemplos de un esfuerzo por proporcionar una educación en este sentido, el libro de Willian E. Coles Jr, *Teaching Composing: A Guide to Writing as a Self-Creating Process* (Rochelle Park, N.J.: Hayden Book, 1974) así como un curso de composición diseñado por Theodore Baird que se llevó a cabo en Amherst College a mediados del siglo XX. *Ibid*, págs. 58-57 y 68-72. Se trata de cursos, según muestra White, en los que se busca que el estudiante descubra que tiene algo que decir, que tiene una experiencia que merece la atención de otros. El estudiante es invitado a descubrir algo de su proia humanidad, de su capacidad como mente y como persona y encontrar una manaera de que esa capacidad esté presente en su escritura. Si no puede hacer esto, no será capaz de reconocer efectivamente la humanidad de otras personas cuando hablan o escriben, ni en su pensamiento. *Ibid*, pág. 72.

<sup>330</sup> *Ibid*, pág. 67.

No existe, para el autor, una forma fácil y esquemática de hablar del tipo de enseñanza que esta forma de concebir la escritura, *living speech*, exigiría. Su propuesta de “Derecho y literatura” supondría el intento de diseñar un método adecuado a través del cual esto pudiera conseguirse, un sistema en el que, como habrá podido apreciarse, White dirige la atención, en textos pertenecientes a distintos géneros, a las diferentes formas en que los escritores afrontan las tensiones, dificultades y posibilidades que a todos ellos se les plantean en su común tarea de escribir, para después invitar a que cada uno, como lector, saque sus propias conclusiones al respecto y aplique lo aprendido a la tarea de escribir Derecho.<sup>331</sup> Y así, cuando White trata de mostrar en qué podría consistir este modo de escribir que él denomina *Living speech*, lleva, por ejemplo, el análisis de los textos infantiles antes mencionado, a los escritos jurídicos, planteando preguntas como las siguientes:

¿Qué tipo de decisión judicial sería aquella en la que, como se ha visto que ocurría en las redacciones infantiles, el juez no está presente en su propia prosa, en la que no es capaz de decir realmente lo que quiere decir, en la que no ha hecho el caso suyo, el objeto de su pensamiento y atención? ¿Qué tipo de justicia esperarías de un escrito así? ¿Te transmitiría la idea de que el escritor es una persona capaz de advertir las características individuales y específicas de ese caso, de escuchar lo que se le dice y de responder a ello?<sup>332</sup>

Y esas mismas preguntas las formula con respecto a los abogados. Parece que, como clientes, el trabajo que cabría esperar de ellos es el de una persona capaz de escuchar lo que le contamos y de responder a ello para luego “trasladar esa conversación al Derecho y encontrar maneras de

---

<sup>331</sup> Como se ha mencionado en los presupuestos, White realiza una lectura de los textos literarios teniendo en mente el Derecho. Analiza aquellos aspectos del trabajo que ha llevado a cabo el escritor en su texto que considera que pueden ser instructivos para el abogado o juez en su condición de escritores. Ese aprendizaje en el campo literario es el que luego el autor invita a volcar en los textos jurídicos.

<sup>332</sup> James Boyd White, *Living Speech*, op. cit., págs. 72 y 73.

usar el lenguaje legal –transformándolo si es necesario- para decir lo que quiere decir sobre el caso”.<sup>333</sup>

De las preguntas planteadas podría deducirse, en primer lugar que, para el autor, aprender a escribir de esta forma, *living speech*, no tendría una motivación meramente estética sino que se trataría de algo necesario y útil para el jurista en la medida en que esta manera de escribir sería reveladora de unas capacidades tanto del juez como del abogado que serían las adecuadas para poder desarrollar, verdaderamente, su trabajo, para que sea posible la justicia. Respecto a esto último, White advierte que las formas mecánicas, previsibles y acríticas de utilizar el lenguaje, aquellas en las que lo que se dice no ha sido previamente testado frente a la propia experiencia, constituyen hábitos de escritura que distancian al escritor de su propia mente, haciéndole prescindir de su imaginación y experiencia y, por este motivo, más proclive a aceptar clichés, lenguajes, modos de imaginar o hablar que no tienen en cuenta la dimensión del sufrimiento de “otros” o la crueldad, etcétera. Para White, es precisamente la imaginación la raíz de la justicia, de tal manera que, si no se es capaz de imaginar la vida de los otros, no habría posibilidad de justicia hacia ellos.<sup>334</sup> Es por ello que los esfuerzos del autor con su programa de “Derecho y literatura” se orientarían, en gran parte, a “entender el imperio de la fuerza”, es decir, a conocer los lenguajes falsos que nos rodean y nuestras propias susceptibilidades a sus atractivos, así como a “resistirlos” a través de una forma de escribir, “*Living Speech*” que, frente a aquella manera de hacerlo “muerta” o meramente reiterativa, se caracterizaría por la fuerza y presencia de la voz del que escribe.<sup>335</sup>

---

<sup>333</sup> *Ibid*, pág. 73. Que haya juristas con un juicio individual formado y responsable es lo que se necesita y no que estos tengan un pensamiento y lenguaje reiterativo y de clichés. *Ibid*, pág. 167.

<sup>334</sup> *Ibid*, pág. 89.

<sup>335</sup> White señala que es frecuente pensar en la libertad de expresión (*free speech*) como el máspreciado recurso para resistir el imperio de la fuerza. Pero esto, para el autor, no sólo podría ser insuficiente o ineficaz para resistirlo sino que podría contribuir a reforzarlo y servirlo. Esta libertad de expresión requeriría la conciencia de una forma de expresión de valor que mereciera una especial protección. White propone que esta sea, precisamente el *living Speech*. *Ibid*, págs. 29 y ss.



Para ello, como se decía, utiliza el método de la comparación de textos. En el caso del Derecho recurre, especialmente, a decisiones judiciales. En alguna de ellas, como en *Virginia State Pharmacy Board v. Citizens Consumers Council* del juez Harry Blackmun,<sup>336</sup> White llama la atención sobre cómo, la forma en que este juez utiliza el lenguaje de la economía, podría recordar a una de las redacciones infantiles que antes se mencionaban. Al igual que ocurría en ésta el lenguaje del del texto, en este caso el lenguaje económico, habría sido utilizado de una forma rutinaria, totalizadora y reiterativa, esto es, sin haber demostrado que se tiene conciencia de sus dificultades obvias, de que se trata tan sólo de una parte de una visión más amplia del ser humano,<sup>337</sup> en definitiva, sin que se haya manifestado que se tiene presente todo aquello que este lenguaje estaría dejando fuera.

Lo importante sería, entonces, aprender a ver si el lenguaje que se utiliza, en este caso, el de la economía, domina el texto y el pensamiento de su escritor o si, por el contrario, éste encuentra una manera de afirmar la presencia y el valor de su propia mente y experiencia. Es esto último lo que podría apreciarse en decisiones como *Whitnes v. California* del juez Brandeis y *Thomas v. Collins* del juez Jackson.<sup>338</sup> En ellas el juez describiría en el texto un proceso de pensamiento transparente, que habla de la realidad como la ve y no a través de definiciones rígidas y predeterminadas, sino mediante palabras que funcionan en un proceso de continua y recíproca definición, como lo hacen en el lenguaje ordinario y en la literatura.

Esto último tiene una consecuencia, para White, esencial y es que su significado sería difícilmente reformulable o resumible en una frase y, como resultado de ello, no estaría llamando al lector, simplemente, a

---

<sup>336</sup> *Ibid*, págs. 77-86.

<sup>337</sup> Una consecuencia de ello sería, para White, una imagen muy trivial de los propios ciudadanos, al ser etiquetados como meros consumidores. *Ibid*.

<sup>338</sup> *Thomas v. Collins* 323 u.s. 516, 544-46 (1945). *Ibid*, págs. 86 y ss.

repetir sus palabras, lo cual sería imposible, sino a hacer, a su manera, lo que el escritor ha hecho. Le estaría invitando a asumir las responsabilidades que él ha asumido.<sup>339</sup> En definitiva, le estaría invitando a un *Living Speech*.

Es esta una de las cuestiones que White destaca en su análisis de la *Divina comedia* de Dante. Para el autor una parte fundamental del significado de esta obra es que considera a su lector como el tipo de persona que puede aprender a preguntarse los interrogantes que Dante el viajero se hace. El escritor encuentra una manera de presentar los juicios eternos hechos por el juez del universo que estimula la capacidad del lector de hacerse preguntas. Consigue que esté insatisfecho, una y otra vez, con la disposición eterna de muchas almas y con las explicaciones ofrecidas en su justificación,<sup>340</sup> dejándole en una tensión entre el aparente compromiso con la justicia de Dios del poeta y los juicios y sentimientos contrarios que encuentra emergiendo en él a medida que lee el poema.<sup>341</sup>

Parte esencial de la experiencia de este texto sería la duda que despertaría en el lector: ¿En qué parte de este mundo imaginario estaría situado yo? ¿Qué forma de imaginar el mundo, a mí mismo y a otros dentro de él ofrece mi cultura o he construido yo mismo?

Este texto estaría conduciendo a su lector a reconocer sus valores más profundos, a preguntarse cuáles son éstos y cómo podrían ser

---

<sup>339</sup> White destaca que el contexto en el que se mueven el abogado y el juez, el Derecho, parece invitar, especialmente, a la utilización de fórmulas estandarizadas. Es por ello especialmente imponente que estos profesionales encuentren una manera de estar presentes en el texto. Sólo así lograrán decir algo nuevo y transformador que capte el respeto y la atención de la audiencia y la induzca a asumir la responsabilidad que ellos mismos han asumido. Sólo de esta manera será leído con la atención y cuidado que los textos jurídicos -en especial las decisiones judiciales- precisan y para la que los juristas son formados. *Ibid*, pág. 74. La presencia de una voz individual en los textos jurídicos que caracteriza el *living speech*, sería una pretensión fundamental si se tienen en cuenta las circunstancias de incertidumbre de nuestra existencia así como la actividad del jurista que en los presupuestos se ha descrito. Ésta dista mucho de ser un proceso mecánico. El jurista se enfrenta a numerosas tensiones que no requieren la mera reiteración, sino transformar el material heredado haciendo siempre algo nuevo en el caso presente.

<sup>340</sup> *Ibid*, pág. 21.

<sup>341</sup> *Ibid*, pág. 24.

expresados, a encontrar cuál es su sentido de la mejor existencia. El autor señala el posible riesgo que esto podría tener, el de que el lector se encuentre con que no tiene un modo adecuado de imaginar el mundo, ninguna manera de dar significado a su experiencia y la de otros, que carece de un sentido acerca del valor de su vida.<sup>342</sup>

#### 1.2.4.3. El deseo de significado

El *living speech* tendría que ver, entonces, con lo que el texto emplaza al lector a hacer o ser.<sup>343</sup> El lenguaje de clichés a diferencia del que muestra la Divina comedia, sería aquél que tiende a suprimir, a no dar cabida o estimular la independencia de pensamiento y juicio en el lector. El autor compara la diferente imagen de la vida y del lector que habría detrás de esta obra con, por ejemplo, la del lenguaje utilizado por la economía de consumo, el publicitario. Para White, éste funcionaría con una concepción muy reducida del ser humano, como si fuera un simple conjunto de deseos y necesidades, y su propósito, entonces, manipularlos. La vida buena sería la gratificación de ese deseo, sin atender a la naturaleza del mismo. También establece comparaciones con algunas de las decisiones judiciales que han sido mencionadas anteriormente, las cuales eran expresadas, fundamentalmente, a través de un conjunto de afirmaciones que sólo pedirían de su lector que fueran leídas en términos literales. No llamaban a una vida de pensamiento y autoexamen. Frente a ellas, el autor muestra la Divina comedia como un texto que estaría estimulando y dando respuesta a un cierto tipo de búsqueda o deseo de significado en el lector. Al igual que el escritor, éste puede también conducirse por deseos hacia lo fácil, lo sentimental o lo autoritario, pero puede tener otro tipo de deseos también, como el de enfrentarse a los límites del lenguaje y la verdad, el de la autocorrección, el de conectar con otra mente, en definitiva, deseos de vida y de significado.

---

<sup>342</sup> *Ibid*, pág. 25.

<sup>343</sup> White señala que lo que realmente importa, la pregunta más profunda que podemos hacernos individualmente y como nación, dentro y fuera del Derecho, es quiénes somos y en quiénes nos estamos convirtiendo. *Ibid*, pág. 28.

Otras obras como el Soneto 18 de Shakesperare o el diálogo de Platón, *Fedro*, son también estudiadas por el autor, junto a la *Divina comedia*, como ejemplos de en qué podría consistir este deseo de significado por parte del lector y de cómo un escritor puede demostrar ser consciente del mismo al aplicarlo a su escritura. En el análisis de estas obras White dirige la atención al tipo de deseo de significado en el lector al que los textos estarían dando respuesta así como al que ellos, a su vez, estarían estimulando.<sup>344</sup>

White vuelve constantemente de la literatura al Derecho y, sobre este asunto, plantea la posibilidad de pensar en él y ver sus textos, como

---

<sup>344</sup> De la lectura que hace White de estas obras podría desprenderse que son tres los deseos fundamentales de significado apropiados en el lector y a los que el escritor, entonces, debería dar respuesta. Con el estudio de estas obras, desde esta perspectiva, White pretendería que el escritor aprenda a hacer algo constructivo con esos deseos de significado. En este sentido, el primero de estos deseos iría dirigido a la necesidad de que el escritor vaya más allá de cumplir de manera previsible las expectativas del lector con respecto a la forma. No sólo debería aspirar a la confirmación, sino a la sorpresa y transformación. El segundo de los deseos que White destaca tendría que ver con la tarea a la que todos nos enfrentamos de definición y gestión de nuestras relaciones con otros. El autor ve en toda expresión la posibilidad de una conexión humana de valor. Este deseo de conexión humana, para White, siempre presente en el lector, se sea o no consciente, conduciría a preguntarse ¿Cuándo se podría considerar este deseo correspondido de forma apropiada y cuándo no? Sobre la posible respuesta a esta pregunta ya se han señalado algunas obras como *History* de Clarendon y la *Divina Comedia* de Dante en las que el escritor, según White, conseguía establecer lo que podría considerarse como una adecuada relación con el lector, un tipo de relación que, como se veía, reuniría cualidades como honestidad, confianza, fiabilidad o igualdad. Por último, el tercero de estos deseos se referiría al hecho de que, para White, todo texto ofrece al lector o audiencia una manera de imaginar al mundo y a él mismo dentro de él y, en este punto, el texto estaría apelando a una parte de él que se encuentra ocupada en su propia versión de lo mismo. Para el autor, ser capaz de imaginar el mundo y sus habitantes de una forma coherente y tolerable es un deseo fundamental de la mente humana pero quizá nunca bastante satisfecho.

White analiza obras como el soneto 18 de Shakespeare o el diálogo de Platón, *Fedro* y las presenta como textos en los que el escritor actúa en cada una de estas dimensiones del significado de forma sorprendente, transformativa y educativa. En este sentido, el autor señala que estaría mostrando al lector que las expectativas que tenía hacia el texto son limitadas, formadas a menudo por un deseo de lo fácil, lo esperado, lo vacío pero manejable. Se trataría, entonces, de unos deseos de significado y una forma de actuar sobre ellos que harían al lector más esencialmente humano, con mayor capacidad de comprensión y madurez. En el caso del soneto 18 de Shakespeare, éste empieza, según destaca White, con una frase que invita a pensar en él como un cliché, como un poema de amor estándar escrito en elogio del amado pero, sin embargo, este poema es reemplazado por un poema serio sobre el tiempo, la decadencia, la naturaleza y el arte. De igual manera, el autor propone el diálogo de Platón *Fedro*, como un ejemplo de un texto en el que el escritor llama al lector a una vida rica e independiente. Una parte esencial de este logro, según White, estaría en la permanente frustración que produce el texto sobre el deseo espontáneo del lector de someterse al mismo.

unos que trabajan sobre unos deseos de significado y buscan disciplinarlos. El autor destaca el peligro, antes mencionado, de que también en el Derecho estemos satisfechos o incluso prefiramos formas de pensamiento y expresión rutinarias y muertas, relaciones sociales estereotipadas y autoritarias, formas de imaginar el mundo mecanicistas y reducidas.<sup>345</sup> Un ejemplo de escritura en el Derecho que respondería a deseos de este tipo, o que los estimularía, la encuentra el autor, por ejemplo, en *Ashcroft v. Free Speech Coalition*.<sup>346</sup> De ella se critica, fundamentalmente, la lectura que hace el juez de la ley ya que se limitaría a asumirla y afirmarla, no invitando al lector a enfrentarse con su complejidad y con los asuntos importantes que están en cuestión, no asumiendo su responsabilidad al leerla de hacer referencia al propósito que persigue y al contexto.<sup>347</sup> Para White, este juez y todo jurista debería saber lo que muestra Platón en su diálogo *Fedro*: que el pensamiento y la expresión no son puramente neutrales, abstractos y desinteresados, sino que siempre están localizados en un momento histórico y en un conjunto particular de relaciones sociales y que estas circunstancias afectan al significado, “sólo en la vida celestial que precede y continúa la vida terrenal que Platón imagina uno puede ver la verdad y la justicia por lo que son, como esencias eternas que no experimentan cambio”.<sup>348</sup> Para el autor, el abogado y el juez trabajan con unos materiales (constituciones, leyes, decisiones judiciales, contratos y otros textos que hablan sobre el caso particular) que son, en parte, dados por otros. Éstos no dirán ni deberán decir lo mismo siempre, sino que tendrán significados diferentes para distintas mentes y situaciones, diferencias que se convertirán en el asunto de pensamiento y argumentación. “Esto es parte de la vida que un

---

<sup>345</sup> *Ibid*, pág. 115. White señala también el riesgo de que el Derecho sea leído no por motivos de significado, sino por otra cosa, como podría ocurrirle al abogado que lee una decisión judicial no por su significado sino para ganar el juicio. El autor señala que si bien esto es comprensible en un momento del proceso, sería inadecuado como “respuesta a una mente (la del escritor) que trata de conectar con otra y comprometerla a pensar sobre las cuestiones importantes presentadas por el caso”.

<sup>346</sup> *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S: 234 (2002). *Ibid*, págs. 143-160.

<sup>347</sup> *Ibid*, pág. 151.

<sup>348</sup> *Ibid*, pág. 141.

texto crea cuando habla a lo largo del tiempo”.<sup>349</sup> De esta manera, cada descubrimiento, cada conclusión debería ser considerada, según White, como provisional, abierta a ser cuestionada o incluso rechazada en una conversación posterior.

De igual manera que Platón en *Fedro*, trata los términos fundamentales del lenguaje filosófico como inciertos en su significado,<sup>350</sup> el abogado debería ver que lo mismo es verdad sobre los términos fundamentales de su discurso. Para el autor, el abogado debería utilizar los términos de su lenguaje no como si éstos hicieran de forma automática el trabajo que requiere el caso, sino como una materia que precisa atención crítica y ser transformada en sus manos. “La vida del Derecho, como la vida de la filosofía, está en la actividad por la cual un problema es definido y abordado y no en hallar una solución permanente y definitiva al mismo”.<sup>351</sup> Como se ha visto, gran parte de esta actividad, la de abordar y definir los problemas, tanto en el caso del filósofo, como del poeta y del abogado, tiene que ver con las conversaciones que establecen con sus lectores o entre sus lectores a lo largo del tiempo. La pregunta esencial que estaría planteando White a todos esos textos es “¿Cuál es la naturaleza y la cualidad de la conversación a la que este texto, en filosofía, Derecho o poesía llama al lector?” Es ahí donde, según White, se encontraría la vida, el significado y el valor de un texto.<sup>352</sup> Sin embargo, puede haber un lado de nosotros que quiere olvidar esto y vivir en un mundo más simple de afirmaciones que son verdaderas o falsas, reglas que son justas o injustas, poemas que son bonitos u ordinarios, negando

---

<sup>349</sup> *Ibid.*

<sup>350</sup> White considera que la propia experiencia de leer Platón proporciona un aprendizaje en este sentido. La lectura de los diálogos cuestiona la seguridad de las palabras de quien las utiliza como si éstas tuvieran un significado evidente, como si lo que dijeran fueran verdades universales de quien habla desde un lugar situado más allá de la historia y la cultura. *Ibid.*, págs 129-133.

<sup>351</sup> *Ibid.*, pág. 143. La atención crítica no ha de dirigirse a los resultados, sino al proceso mismo a través del cual éstos se construyen. La escritura excelente no es la que produce resultados con los que estamos de acuerdo, sino la que los construye adecuadamente.

<sup>352</sup> *Ibid.*, pág. 140.

así nuestra responsabilidad de enfrentarnos a las incertidumbres y tensiones que se nos presentan.<sup>353</sup>

Esta responsabilidad a la que el autor apela en cualquier texto, fuera y dentro del Derecho, como escritores y lectores, es la que correspondería a una imagen del ser humano que le dignifica, ya que, para el autor, la dignidad humana, como se ha dicho, reside, en gran parte, en nuestra capacidad de dar significado a lo que somos y a nuestra experiencia.<sup>354</sup> Como Dante mostraría en la Divina Comedia, somos criaturas con mente e imaginación que podemos utilizar el lenguaje de la forma característica de los seres humanos: para darnos a nosotros mismos y a los otros una identidad así como un significado a nuestra experiencia pasada, presente y futura.<sup>355</sup> Trasladando esta visión al Derecho, el autor estaría buscando una forma de leerlo o escribirlo que no trivialice la experiencia humana y al Derecho mismo, sino que le confiera dignidad.<sup>356</sup>

---

<sup>353</sup> *Ibid.*

<sup>354</sup> Ver, por ejemplo, *Ibid*, págs. 35, 42- 43 y 169 y ss.

<sup>355</sup> *Ibid*, pág. 42. Esta visión del ser humano sería la coherente y necesaria dada la naturaleza del lenguaje y las circunstancias de incertidumbre que, según el autor, caracterizan su existencia. El reconocimiento de esta imagen en la utilización del lenguaje sería, para White, una manera de resistir el imperio de la fuerza y es por ello que el autor enseña cómo puede ser reconocida y utilizada en textos pertenecientes a diferentes géneros, también en los jurídicos. Todos ellos son vistos o enjuiciados por el autor desde la perspectiva común a todos ellos de su participación en ese esfuerzo colectivo, comprometido y respetuoso de dar significado a la experiencia humana. Frente a esta idea de búsqueda de un tipo de significado, de asumir como lectores y escritores esta tarea colectiva, White propone la experiencia de lectura de otros textos desde esta misma perspectiva, viendo entonces que se trata de un tipo de escritura que no respondería o estimularía en el lector esos deseos o capacidades de búsqueda de significado, sino que sólo le dejarían la opción de que las conclusiones o verdades que imponen sean asumidas u obedecidas. Esta manera de escribir y leer, dentro y fuera del Derecho, no sería la adecuada, tampoco, para el autor, con lo que exigiría la democracia, la cual constituye, según señala White, “un método por el que la gente elige sus valores colectivos, conforma su conducta colectiva y asume su responsabilidad colectiva. A través de la democracia la gente se compromete con una identidad y una historia colectiva”. *Ibid*. Págs, 35 y 37.

<sup>356</sup> *Ibid*, pág. 35.

#### 1.2.4.4. El Derecho como actividad por la que se da significado a la experiencia y la justicia

Del estudio de los diferentes textos que componen este *syllabus* podría extraerse un propósito en cuanto al tipo de enseñanza que el autor buscaría transmitir: que se adquiriera una sensibilidad que permita apreciar si lo que se escribe o lee trivializa o degrada la idea de experiencia humana, invitando a un tipo de vida sin significado o si, por el contrario, se dignifica y ensalza al ser humano y su experiencia. La diferencia entre uno y otro modo de expresión residiría en que uno sería capaz de encontrar una manera de reconocer, el otro de negar, la capacidad humana de dar un significado a la experiencia. White considera que es en esta capacidad donde nuestra dignidad más profunda reside y de cuya desaparición siempre dependería el imperio de la fuerza.<sup>357</sup> Si careciéramos de ella y todo lo que tuviéramos fuera, por ejemplo, información, no podríamos decir lo que las cosas significan para nosotros ni explicar nuestras preferencias, “no podríamos entablar el tipo de conversación por la que descubrimos quienes somos, qué deseamos y deberíamos desear, qué tipo de vida vivimos y queremos vivir.”<sup>358</sup> Un tipo de existencia que, para White, no sería, entonces, humana, en un sentido o aspecto fundamental. Descripción, explicación y justificación serían las actividades que el autor destaca, entonces, como esenciales de la mente y del lenguaje. Éstas tendrían lugar en la conversación que se crea entre seres humanos que son concebidos como iguales, todos ellos centros únicos de valor, de imaginación y significado,<sup>359</sup> los cuales pueden llamar y ser llamados por otros a formas más profundas de vida y pensamiento.<sup>360</sup> Estas actividades

---

<sup>357</sup> *Ibid*, pág. 169.

<sup>358</sup> *Ibid*, pág. 195.

<sup>359</sup> Para White, el valor único de cada persona residiría en que cada una es un centro único de significado, con sus propias experiencias, nunca totalmente compartidas y compartibles con otros, pero de las que tendrá que saber hablar y extraer un significado. *Ibid*, pág. 208.

<sup>360</sup> *Ibid*..



resistirían la desconsideración o cosificación del otro, lo cual, como se ha dicho, sería un sello distintivo del imperio de la fuerza.<sup>361</sup>

White considera que en esa capacidad de demanda de sentido o significado acerca de la propia experiencia y la de otros, una cuestión o tema fundamental ha de ser la justicia. Y es que, para el autor, nada puede adaptarse mejor al imperio de la fuerza que un mundo en el que la justicia no sea un tema, en el que ésta sea reemplazada por un lenguaje de objetivización, gratificación, de búsqueda del interés propio, de instrumentalismo o mera causa. El autor ve en la capacidad de hacer esa demanda de significado un ingrediente fundamental de nuestra humanidad y en la negación de la misma un fundamento esencial del

---

<sup>361</sup> *Ibid*, Págs. 209 Y 210. White dirige entonces su atención y estudio hacia la tragedia ateniense, por ser ésta, como él mismo señala, un género que ha sido considerado, como ningún otro en la literatura occidental, especialmente expresivo de la esencial dignidad y valor del ser humano. White analiza en la trilogía de Esquilo *Oresteia* y *los Persas*, en *Antígona* y *Ajax* de Sófocles por qué esto es así y, después, mira al Derecho, especialmente a las decisiones judiciales, preguntándose si pueden ser éstas también la ocasión para un tipo de escritura que dignifique la experiencia humana en vez de trivializarla. Con la lectura de la tragedia y de las decisiones, el autor no busca establecer una comparación entre ellas viendo similitudes y diferencias, sino que lo que estaría intentando es capturar algo que estuviera presente o funcionara en las dos. El resultado de ello sería la percepción de que en los mejores ejemplos de ambas el logro más importante sería el de que habrían coseguido resistir el impulso, siempre presente, de borrar y trivializar la experiencia humana, conferiendo sobre el individuo, sus esfuerzos y luchas en el mundo, una especial dignidad. *Ibid*, págs. 169-197. En el caso por ejemplo de *los Persas*, se cuenta la historia naval de Salamis en la que los atenienses destrozaron a los invasores persas. Escrita solo diez años después de la batalla, White señala que Esquilo, sorprendentemente, localiza la acción de la obra sobre los persas, una forma de hacerlo que permite a la audiencia ver los hechos no sólo desde el punto de vista del triunfo de los atenienses, sino desde el de las mujeres persas para quienes esto fue un desastre, invitando a la audiencia a simpatizar con su sufrimiento. Esta doble visión es, para White, una parte fundamental del significado de la obra, la cual, por una parte, estimularía en el lector su orgullo por la gran victoria y, a la vez, lo estaría disciplinando, presentándole la terrible pérdida que supone para el otro. White plantea la posibilidad de establecer algún paralelismo iluminador entre la tragedia y las decisiones judiciales, especialmente las de la Corte Suprema. Su propuesta en este sentido sería la de que ambas, limitadas por sus estructuras y reglas tendrían, como una de sus funciones, la de traer ciertas historias y problemas a la atención pública, no para su entretenimiento, sino para ser esclarecidas, ofreciendo una cierta educación sobre ellas. La idea sería la de plantear si las decisiones judiciales, en su manera de presentar y hablar de los asuntos sobre los que tratan, podrían ofrecer un tipo de educación similar a la de la tragedia, es decir, una capaz de complicar y transformar las expectativas, la manera de hablar y pensar que la cultura del momento hace llevar a cualquier asunto que la Corte esté decidiendo, descubriendo con ello una complejidad y riqueza de significado que no se conocía, trabajando entonces para resistir y complicar las formas simplificadas en que necesariamente nos expresamos y pensamos y que usamos normalmente para imaginar nuestro mundo y formar nuestros juicios y conductas. *Ibid*, págs. 171-176.

imperio de la fuerza en todas sus formas.<sup>362</sup> Es necesario, por tanto, que forme parte de la conciencia de los individuos y, muy especialmente, de aquellos que se dedican profesionalmente al Derecho, donde la importante presencia de otros lenguajes, como el económico, ha prescindido de ella, corriendo entonces el Derecho el riesgo, como ya se ha visto, de convertirse en un agente del imperio de la fuerza.

Estos son algunos de los asuntos en los que White fija la atención cuando busca proporcionar una educación al abogado como escritor a través de la única forma en que él entiende que ésta es posible: el estudio dirigido de obras concretas de literatura y su comparación con textos jurídicos. Como se ha tratado de mostrar, para White, el significado de un texto no se encuentra simplemente encerrado en él, como una joya en una caja, ni es algo que está fuera del texto y que depende únicamente del lector, sino que éste se crearía a través de la interacción entre ambos. En este sentido, podría decirse que la buena escritura que ha tratado de definir White requeriría buena lectura ya que, una no adecuada podría reducir aquello lleno de pensamiento y vida en algo muerto y mecánico. Por otro lado, la buena lectura, tendría que ver entonces con una forma de escuchar y responder al texto, actividades que, como se ha visto, el escritor puede hacer mucho por conformar y estimular. De esto último, podría deducirse que, aprender a escribir bien comportaría, necesariamente, un aprendizaje de lectura y lo mismo podría decirse en sentido inverso. Escribir y leer se convierten en actividades semejantes y ello porque, como se ha dicho, la vida del texto recaería en lo que es creado por el escritor y el lector juntos, en la “conversación” que se produce entre ellos. Aprender a escribir, para White, sería, entonces, una manera de aprender a leer y viceversa.<sup>363</sup>

A continuación se analizará el estudio que hace el autor de las obras literarias desde esta perspectiva, como lector. Podrá apreciarse que en

---

<sup>362</sup> *Ibid*, pág. 198.

<sup>363</sup> James Boyd White, *Heracles's Bow*, *op. cit.*, págs. 77 y ss.

ellas el autor dirigirá la atención a cuestiones que muchas veces son coincidentes con las del abogado- escritor.

## 2. El abogado-lector: ¿A qué tipo de vida invita este texto?<sup>364</sup>

Como ya se ha visto, la idea que White destaca del Derecho -como un tipo de *constitutive rhetoric*, esto es, como un arte por el que a través del uso del lenguaje nos constituimos nosotros, nuestras culturas y comunidades, y para el que su asunto principal es la justicia- conduciría a dar relevancia en la tarea del jurista a sus actividades de lectura y composición de textos y en la formación de éste, a una educación en la comprensión y control de estas actividades a través del único método en que esto puede hacerse adecuadamente, el método de las humanidades.<sup>365</sup> De esta forma, White no define un catálogo de reglas cuyo cumplimiento garantice una buena escritura sino que, teniendo en mente esa visión del Derecho como *constitutive rhetoric*, escoge textos de diferentes géneros, principalmente literarios y dirige la atención en ellos al modo en que el escritor participa en esa actividad a través del uso que hace del lenguaje. Su objetivo es que la experiencia de su lectura, la comparación de unos textos con otros, lleve a un sentido de lo adecuado o inadecuado que después sea posible trasladar al Derecho.

Es este mismo método el que el autor utiliza para formar al abogado como lector y, básicamente, como ya se ha dicho y podrá apreciarse, será acerca de las mismas cuestiones hacia las que dirigirá la atención. A partir

---

<sup>364</sup> Ver, por ejemplo, James Boyd White, *Acts of Hope*, *op. cit.*, pág. 40. Es en esta pregunta en la que podría resumirse el tipo de significado que, según White, habría que buscar en un texto y al que la atención del lector, entonces, debe dirigirse.

<sup>365</sup> La posición de White, como se veía, es la de considerar el Derecho como un lenguaje, un conjunto de recursos para la expresión y acción cultural y social. Desde este punto de vista, su actividad sería fundamentalmente literaria, una vida de lectura de las composiciones de otros y de escritura de las propias. El lenguaje en el que esto se hace es él mismo literario, en cuanto que estas actividades se llevan a cabo bajo condiciones de incertidumbre. Nuestro conocimiento del mundo, nuestro sentido del significado de los hechos, la confianza en nuestras propias capacidades, deberían tener sus raíces, según White, no en nuestras conclusiones como científicos al observar y medir el mundo, sino en nuestra competencia como usuarios del lenguaje ordinario. James Boyd White, *Heracles's Bow*, *op. cit.*, págs. 77 y ss.

de esa realidad del Derecho que el autor destaca y justifica, propone una manera más adecuada de entender la lectura del Derecho y el significado de los textos jurídicos.

El descubrimiento de que la racionalidad cuasicientífica no sirve para la comprensión de nuestra vida, de la literatura o el Derecho, al no asumir la verdadera naturaleza del lenguaje y la incertidumbre de nuestra existencia, no debe conducirnos, como se decía, al total relativismo, a la idea de que vivimos en un flujo incoherente en el que no es posible ningún razonamiento ni significado. Para White, el que no sea posible un conocimiento o significado de este tipo, no quiere decir que no sean posibles otros diferentes.<sup>366</sup> Se hace preciso aprender a dirigir la atención a otras cuestiones y así, de igual manera que, como se ha visto, el escritor no debería tener como aspiración única y principal el transmitir un mensaje de forma clara, en lo que se refiere a todo proceso de lectura, no debería buscarse o tratar de descubrir un significado objetivo y concreto que se encuentre contenido en el propio texto y que sea el mismo para todo lector situado en cualquier tiempo y cultura.<sup>367</sup> Asumiendo la verdadera naturaleza del lenguaje,<sup>368</sup> es en su uso en el que habría que centrarse, preguntándonos cómo es la cultura definida y transformada en el texto y qué idea que de nosotros mismos y de los otros se desprende del mismo. En definitiva, cómo reconstituimos nuestra cultura y creamos comunidad en el lenguaje.<sup>369</sup>

Para ello, en el proceso de lectura la atención del lector debería dirigirse, entonces, hacia el tipo de relación que el escritor establece con el lenguaje de su tiempo, con su cultura así como con su audiencia o

---

<sup>366</sup> James Boyd White, *When Words Lose their Meaning*, op. cit., pág. 277. James Boyd White, *Heracles' Bow*, op. cit., pág. 94.

<sup>367</sup> *Ibid*, págs. 79-80 y 82-89.

<sup>368</sup> Sobre el uso que el autor hace de la palabra "lenguaje" véase, especialmente, James Boyd White, *When Words Lose their Meaning*, op. cit., págs. 20 y ss.

<sup>369</sup> Véase Prefacio en *Ibid*.

lector.<sup>370</sup> Esto permitiría poder determinar el tipo de acción cultural y social que lleva a cabo un determinado texto.<sup>371</sup> Atender así al significado es, para el autor, atender a lo que los textos nos dicen a nosotros como sujetos situados en una determinada cultura. Esto es, según White, lo que realmente podemos y debemos conocer y juzgar de ellos.

El autor es consciente de las dificultades que plantea pensar y hablar sobre estos procesos de creación ética y cultural, al ser nosotros producto de nuestro lenguaje, al estar nuestra experiencia formada por el lenguaje en el que hablamos de ella y a la vez admitir que cada vez que hablamos, de alguna manera, rehacemos el lenguaje.<sup>372</sup> La pregunta que surge entonces es: ¿Cómo puede determinarse adecuadamente qué decir, quiénes somos, qué relaciones tenemos con otros y qué mundo de significados creamos?<sup>373</sup>

## 2.1. La acción social y cultural del texto

El autor comienza a dar respuesta a estas preguntas en su libro *When Words Lose their Meaning*.<sup>374</sup> En él no proporciona una solución programática a las mismas, sino que enseña una nueva forma de leer como una manera de atender y pensar correctamente sobre estas cuestiones. Recoge en esta obra un conjunto de textos de muy diversa índole: la *Iliada* de Homero, La *Historia* de Tucídides, *Gorgias* de Platón, así como obras de Swift, Johnson, Austen, Burke y algunos materiales constitucionales americanos, y les aplica a todos ellos unas mismas preguntas y un mismo método para conocer su significado. Esto permitirá apreciar un nexo de unión entre todos ellos que antes no se consideraba.

---

<sup>370</sup> *Ibid*, págs. 278-282.

<sup>371</sup> James Boyd White, *Heracles' Bow*, *op. cit.*, pág. 35.

<sup>372</sup> James Boyd White, *When Words Lose their Meaning*, *op. cit.*, págs. 8 y 276-277.

<sup>373</sup> *Ibid*, pág. 278.

<sup>374</sup> James Boyd White, *When Words Lose their Meaning*, *op. cit.* Ver, también, James Boyd White, *Heracles' Bow*, *op. cit.*, págs. 107 y ss.

Todos son vistos como especies dentro de esta actividad más general (*constitutive rhetoric*) y, por tanto, un mismo método de lectura adaptado a cada uno de ellos sería susceptible de ser aplicado. El Derecho y la literatura, a menudo concebidas como actividades separadas serían, desde esta perspectiva, una misma cosa. White alude a los textos de la Grecia arcaica como el lugar donde esas líneas divisorias entre el Derecho y la literatura, tan bien dibujadas en el discurso académico contemporáneo, aparecen difuminadas, si es que existían.<sup>375</sup>

La forma de leer que White ejemplifica en este libro tiene ciertas similitudes con otras formas de leer -con la atención al detalle que caracteriza a la Nueva Crítica, con el respeto que se presta al texto en los estudios clásicos y con el método reconstructivo y participativo que caracteriza al Derecho- aunque en conjunto sería diferente de todas ellas.<sup>376</sup>

Como ya se ha dicho, White explica este método de lectura aplicando a todos los textos mencionados un mismo conjunto de preguntas. Y así, en todos ellos, centra en primer lugar la atención en el lenguaje y la cultura que el escritor ha heredado así como en el tipo de relaciones que establece con éstos. Es éste un proceso imaginativo y reconstructivo en el se trata de imaginar una vida en términos diferentes de los nuestros, viendo el lenguaje de cada uno de los textos, el de los atenienses o el pensamiento moral inglés del siglo dieciocho, como un sistema con el que vivir, preguntándonos tanto por los recursos de vida y acción que ofrecen como sobre las limitaciones que imponen.<sup>377</sup> Sería un

---

<sup>375</sup> Véase Prefacio en *Ibid.*

<sup>376</sup> James Boyd White, *When Words Lose Their Meaning*, *op. cit.*, págs. 275 y 286-287. El autor considera como un logro del movimiento "*New criticism*", en el cual él fue formado - desde su punto de vista injustamente desestimado por anticuado e ingenuo- el haber situado la atención en la complejidad y riqueza de la experiencia que un texto ofrece a su lector y localizar ahí su significado central.

<sup>377</sup> Sobre la importancia de entender el lenguaje del texto en la experiencia de lectura, el autor cita a Brower Alexander Pope, *The Poetry of Allusion*, Oxford: Clarendon Press, 1959 y como un modelo de crítica en la que el lector aprende el lenguaje del escritor y muestra lo que eso significa a Stuar M. Tave, *Some Words of Jane Austen*, Chicago: University of Chicago Press, 1973). Véase en *Ibid.* págs. 287 y 289 respectivamente.

proceso parecido al que llevan a cabo los estudiantes de Derecho cuando aprenden a leer casos. Éstos no son más que una pequeña parte del mundo en el que algún día tendrán que actuar, y su tarea es descubrir cómo es ese mundo y cómo funcionar en él, todo sobre las bases de una realidad extraordinariamente fragmentaria.<sup>378</sup>

Tras el análisis de los materiales con que el escritor cuenta, el siguiente paso en este método de lectura es atender a qué hace el autor con estos materiales. Habiendo sido ya estudiado el especial significado de las palabras en ese texto y, por tanto, una vez recreados la cultura o el mundo del escritor, se trata de ver ahora la manera en que un escritor concreto consigue cambiar esos significados, es decir, de analizar la particular reconstrucción de los recursos llevada a cabo por él en el texto.

Hasta aquí lo que se ha hecho es una reconstrucción imaginativa de la cultura del escritor a través de su lenguaje y un análisis del cambio que éste imprime en esta cultura a través de su particular uso del lenguaje. En este procedimiento se presupone, entonces, que el texto es una manera de actuar en el mundo y sobre el mundo usando el lenguaje del mundo. Entre los textos en los que White analiza este proceso de reconstrucción de la cultura a través del uso del lenguaje, se encuentra, por ejemplo, la *Ilíada* de Homero, una obra en la que el escritor, componiendo en un lenguaje heredado, encuentra una forma de examinar y criticar la cultura de ese lenguaje hecho para celebrarla.<sup>379</sup> Prestar atención a estas cuestiones proporciona un sentido del texto en cuanto al tipo de acción cultural que constituye.

Pero, como se decía al principio, el significado no sólo habría que buscarlo en este tipo de acción cultural que lleva a cabo el escritor en el uso de los recursos que le proporciona su propia cultura sino, también, en el tipo de acción social que representa. Para ello, la atención ha de centrarse ahora en la relación que el lector establece con la audiencia o

---

<sup>378</sup> *Ibid*, pág. 9.

<sup>379</sup> *Ibid*, págs. 24-58.

lector. White se refiere a ésta con el nombre de “*Textual community*”.<sup>380</sup> Se trata de una relación basada en la experiencia de lectura que el texto ofrece. Hay un sentido, según White, en el que puede decirse que todo texto define un “lector ideal”, al cual el escritor invita a la audiencia a convertirse o a aproximarse. Gran parte del significado de un texto radicaría, entonces, en la forma en que el escritor invita al lector a sumergirse en el mundo que le propone en su texto y en el tipo de experiencia que ello le proporcionaría. Éste mantendría durante el proceso de lectura, según explica White, una constante negociación con el escritor, preguntándose a sí mismo qué es lo que se le está pidiendo que acepte, en qué se convierte al hacerlo y si acepta o no el ofrecimiento. Algunas veces el lector se sentirá manipulado, pero otras, sin embargo, sentirá que está siendo educado, es decir, que a través de esa negociación se amplían sus horizontes respecto a lo que él mismo puede ser.<sup>381</sup>

Atender a este lector ideal es, para White, por ejemplo, hablar de *Emma* de Jane Austen como una ficción moral -como un estándar o ejemplo de novela de educación, como un ejemplo de *contextual community*- no porque nos enseñe que el vicio es castigado, sino por la virtud de las capacidades de percepción y de ser que realiza en sus lectores.<sup>382</sup> Por otro lado, centrarse en la forma en que es invitado el lector es ver o analizar si se reduce a éste a un objeto de manipulación o, por el contrario, se le respeta como una fuente de significado, experiencia y valor, estableciendo con él una relación de amistad y concediéndole un lugar desde el que juzgar y observar los personajes y sucesos del mundo

---

<sup>380</sup> En este aspecto, White cita la influencia de dos autores: Wayne Booth, especialmente su artículo “The Way I Love George Elliot: Friendship with books as a Neglected Critical Metaphor”, *2 Kenyon Review*, (1980): 4-27, y, sobre algunos aspectos a Stanley Fish, *Surprised by Sin: The Reader in “Paradise Lost”* (London: Macmillan, 1967). Véase en James Boyd White, *When Words Lose their meaning*, *op. cit.*, pág. 289. Como autores de los que deriva su concepción del lenguaje como un tipo de acción social cita a Wittgenstein, J. L. Austin, *How to do things with Words* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1962) y John R. Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* (London: Cambridge University Press (1969) en *Ibid.*, pág. 291.

<sup>381</sup> *Ibid.*, págs. 16-17. Ver, también, James Boyd White, *Heracles’s Bow*, *op. cit.*, págs. 77 y ss.

<sup>382</sup> James Boyd White, *When Words Lose Their Meaning*, *op. cit.*, Págs. 163-191.



que el escritor crea. En este sentido, por ejemplo, podría haber una disparidad entre los valores que un escritor exhibe y aquellos que reclama, y así White alude a “la gran cantidad de textos moralistas que predicán el amor para toda la humanidad pero que en sus maneras de hablar están lejos de amar, o a supuestos apóstoles de la libertad que no dan cabida a los argumentos de sus lectores o de nadie más”.<sup>383</sup>

El autor piensa que el encontrar una forma de describir y juzgar las relaciones establecidas entre estos textos y sus lectores, supondría contar con un campo para juzgar también nuestras propias comunidades, sus reglas y sus políticas, desde la familia a la nación y más allá. Y es esto lo que White considera que pueden proporcionarnos estos textos leídos de esta forma, un estándar que tener en mente (un ejemplo de acción cultural y social) con el que interpretar y juzgar otros textos incluyendo a los jurídicos.<sup>384</sup>

## 2.2. Una nueva perspectiva para la crítica del Derecho

White señala que la apreciación de que la crítica literaria puede proporcionar un modelo para la crítica judicial es un asunto de gran actualidad en Estados Unidos, siendo muchos los artículos que se escriben sobre hermenéutica o teoría literaria y Derecho.<sup>385</sup> El autor critica, sin embargo, el plano excesivamente teórico y abstracto en el que se mueve la crítica literaria contemporánea y su tendencia, o quizá deseo, de convertirse en una ciencia, en un método de análisis y explicación, en vez de buscar el juicio crítico y ser un arte de entendimiento y respuesta cuya función se oriente a la formación del gusto y el juicio.<sup>386</sup>

Lo que es preciso, en su opinión, es más crítica práctica y menos teoría. Su propuesta en este campo se nos muestra a través de la

---

<sup>383</sup> *Ibid*, págs. 17-18.

<sup>384</sup> *Ibid*, pág. 284.

<sup>385</sup> James Boyd White, *Justice as translation, op. cit.*, pág. 97.

<sup>386</sup> *Ibid*, pág 99.

aplicación práctica a un conjunto de textos jurídicos de una versión de esa forma de leer que se ha expuesto anteriormente, y que el autor ejemplifica y explica a través del ejercicio de lectura de varios textos literarios.<sup>387</sup> En ellos el autor proponía centrar la atención en el lenguaje y la cultura en la que el escritor escribe sus obras, en el arte por el que los reconstruye, así como en el tipo de comunidad que establece con los lectores. Y así, a diferencia de Stanley Fish, para quien todo texto es creado por la comunidad de intérpretes, White propone analizar el tipo de comunidad que crea todo texto y que dota al mismo de una dimensión ética y política susceptible de ser juzgada.<sup>388</sup>

Como se veía, el tipo de comunidad que se desprende de los textos se encuentra en la relación que el escritor establece con los personajes de los que habla y con el lector. Una forma que White propone de pensar en dicha relación es considerar que el escritor crea siempre en su texto un lector ideal, esto es, una versión de uno mismo a la que pide a cada uno de sus lectores que se conviertan. Un buen texto, en este sentido, sería aquél en el que el escritor habría establecido una relación correcta con el lector, al intentar estimular en él ciertas capacidades que le llevan a una mejor versión de sí mismo y ello respetando su libertad y reconociendo su igual valor y autonomía. En definitiva, aquél texto en el que el escritor entabla con el lector una relación de amistad.<sup>389</sup>

White propone trasladar este estándar al Derecho, de manera que, ante una decisión judicial u otro texto jurídico nos preguntemos si se trata de un texto autoritario, uno que demanda simple obediencia o, por el contrario, se reconoce al lector como una persona con juicio, como un agente libre al que, al leer el texto, se le activan ciertas capacidades. Otra fórmula que utiliza el autor para hacer esta misma pregunta es la de

---

<sup>387</sup> *Ibid*, págs. 113-213.

<sup>388</sup> *Ibid*, pág. 99.

<sup>389</sup> Véase James Boyd White, *When Words Lose Their Meaning*, *op. cit.*, págs 15-18 y 275-282. Ver Supra Educative Friendship.

imaginar los textos legales, así como cualquier otro tipo de texto, como un paso en una conversación ante la que nos preguntamos: ¿es ésta una conversación en la que la democracia comienza?<sup>390</sup>

Al estudiar un texto jurídico, por ejemplo, una decisión judicial,<sup>391</sup> la atención no tendría que centrarse, entonces, sólo en el resultado, sino que habrá de ser vista como una invitación a los jueces y abogados a hablar de una manera mejor que otra, a dar un tipo de significado y no otro, y es esta invitación la que tendrá que ser analizada. Y es que, para White, el escritor de una decisión judicial, de forma consciente o inconsciente, no sólo tratará de persuadir al lector sobre el resultado alcanzado y la propiedad de su análisis sino, también, sobre lo que él entiende que son y deberían ser el juez, el Derecho, el abogado y el ciudadano. El tribunal se da a sí mismo, por tanto, en cada una de sus actuaciones, un *ethos*, una identidad y hace lo mismo con las partes y con la audiencia.

“La vida del Derecho es, en gran parte, la respuesta a los textos judiciales. Ellos nos invitan a ciertos tipos de respuestas y evitan otros. Es en la manera en que nosotros nos enfrentamos a estas invitaciones, tanto como individuos como comunidad, como definimos nuestras propias identidades, nuestras propias mentes y valores, no de forma abstracta sino mediante la acción”.<sup>392</sup>

Es al análisis de estas invitaciones, vistas de esta manera, donde el autor señala que el abogado y el juez tienen que dirigir la atención en su tarea de identificar los textos de autoridad a los que deberán referirse cuando argumenten en su caso. Y ello porque, como ya se ha visto, en la actividad del abogado, éste, al dar un significado a la historia de su cliente,

---

<sup>390</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, op. cit., pág. 101.

White trata de dar vida a un comentario de John Dewey, cuando al final de su vida resumió lo que había aprendido de ella y dijo: “*Democracy begins in conversation*”. Véase en *Ibid*, pág. 91.

<sup>391</sup> James Boyd White, *Heracles’s Bow*, op. cit., págs. 107-138.

<sup>392</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, op. cit., pág 102.

se encontrará limitado y tendrá que hacer uso de todo el material de Derecho que se encuentre disponible para él y su adversario. Cada uno de ellos, al hacer su argumento, estarían haciendo una nueva versión de su herencia. White señala en este punto que, aunque muchos abogados podrían estar de acuerdo en que una determinada norma, caso o principio podría ser relevante, puede haber desacuerdo sobre el peso o valor que los diferentes materiales deben tener, lo que hace de su significado o autoridad algo siempre susceptible de argumentación. Por tanto, el abogado y también el juez, no deben preguntarse sólo cómo debe decidirse el caso como una cuestión de justicia abstracta, sino cómo debería decidirse a la luz de una diversidad de textos, reflejando entonces decisiones hechas por otros. Su propia autoridad dependería de la de los textos que ellos interpretan.<sup>393</sup> El respeto que merecen esas decisiones, cuánto y qué significan son cuestiones abiertas, son reales y, para el autor, no pueden ser ignoradas sin que con ello sea borrado lo que es distintiva y característicamente valioso e importante del Derecho. Estos son para el autor problemas esenciales del pensamiento jurídico<sup>394</sup> que, sin embargo, están siendo desconsiderados tanto por las tendencias que el autor advierte en la enseñanza del Derecho como por la posición fuerte que ocupa en él el pensamiento económico. Este sería el motivo por el que White considera necesario, ahora más que nunca, sacar a la luz, hacer consciente y colocar en el centro de la formación de los juristas esta actividad del abogado consistente en la lectura de los textos autoritativos del pasado, en su identificación, en la determinación de la cantidad de respeto que merecen y en preguntarse por qué. Con ello se estaría garantizando, como se ha visto que el autor defiende, no sólo la propia existencia y continuidad del Derecho, sino la supervivencia de la democracia. Es precisamente la propuesta de formación de White sobre

---

<sup>393</sup> White destaca como una característica que definiría la actividad esencial del abogado de dar significado a los textos legales la de que éste, al hacerlo, ha de tener en cuenta todo el Derecho previo frente al cual esos textos han sido escritos.

<sup>394</sup> James Boyd White, *Acts of Hope*, op. cit., pág. 125.

estos aspectos de la vida del abogado el tema que se aborda en el epígrafe siguiente.

### 2.3. La autoridad en el Derecho

En este apartado se ahondará, entonces, en esa dimensión de la formación del abogado que tiene que ver con la comprensión del lenguaje del Derecho como un complejo sistema de significado hecho por otros, heredado y quizás transformado por nosotros, el cual no podría ser usado sin respeto; Con tomar conciencia de que se trata de un sistema que tiene un tipo de autoridad que, como abogados, a la vez reconocemos y empleamos; Con comprender que estamos insertados en prácticas y procesos que nos posibilitan y nos limitan, que hacen mucho por conformar la manera en que imaginamos y vivimos en el mundo; En definitiva, con tomar conciencia de que “no hay un lugar más allá de la cultura desde el que describir una utopía pura”.<sup>395</sup>

Como White quiere destacar, esto es inevitable en el Derecho y fuera de él. Como usuarios del lenguaje y habitantes de una cultura debemos -y de hecho inevitablemente lo hacemos- respetar el pasado, el cual ha hecho lo que somos y nos ofrece los materiales para nuestro pensamiento. Las preguntas esenciales que, entonces, según White, deberíamos hacernos dentro y fuera del Derecho son: ¿Cuándo debemos respetar el pasado? ¿Por qué y cuánto debemos hacerlo?<sup>396</sup>

Se trata de un tipo de preguntas para las que, una vez más, no es posible esperar una respuesta en forma de reglas o criterios rígidos y generales, pero para las que, sin embargo, si podría quizá servir de guía, ese estándar de escritura, *Living speech*, que emergía de la lectura guiada que proponía el autor de algunos textos y de su comparación con otros. Y es que, como se se ha visto, uno de los propósitos que White perseguiría con ello es que los prácticos del Derecho pudieran tener un ideal de

---

<sup>395</sup> James Boyd White, *Acts of Hope*, op. cit., pág. 127.

<sup>396</sup> *Ibid.*

escritura en la mente que les permitiera poder reconocer, no respetar y resistir aquellas formas de expresión que el autor califica de muertas o autoritarias. El autor no define este ideal, ni establece unas reglas que conduzcan hacia él, sino que, de la misma manera en que procedía para enseñar cómo determinar el tipo de acción social y cultural que constituye un texto, muestra un conjunto de éstos en los que sería posible apreciar y experimentar, a través de la forma en que son expresados, algunas de las características que podrían definirlo, como la presencia de un pensamiento vivo, conocedor de los límites de su lenguaje, consciente de la provisionalidad de sus conclusiones y, por tanto, que no expresa éstas como si se tratara de verdades definitivas, sino concediendo un espacio al lector para que éste pueda contrastar lo que se le dice con su propia experiencia y pueda hacer así sus propios juicios a partir de una realidad que le ha sido mostrada de forma honesta, es decir, ampliamente, con un sentido de integración y no de exclusión. Se trataría, como se ha visto, de textos que estarían invitando a una vida intelectual viva y de valor, a entablar un tipo de conversación. Junto a éstos White muestra otros cuya expresión determinate, autoritaria y conclusiva sería manifestación de un exceso de confianza en un solo lenguaje, el cual dominaría el texto y la mente del escritor, mostrándose ésta entonces desconocedora de sus propias limitaciones, de las de su lenguaje y de todo aquello que éste dejaría fuera. Una forma de expresión que no estaría invitando al lector a una vida intelectual viva y de valor sino, simplemente, a asentir, obedecer o repetir, no respetándose con ello su igual libertad y autonomía, no siendo considerado, entonces, como un verdadero centro de valor y significado. La percepción de que este tipo de textos autoritarios no tendrían el mismo valor que los anteriores y que, por tanto, no merecerían la misma autoridad y respeto, sería una de las principales enseñanzas.<sup>397</sup>

---

<sup>397</sup> White dirige la atención a estas cuestiones y a unos textos determinados con la intención de conseguir que pueda adquirirse cierta sensibilidad para apreciar si lo que se está leyendo trivializa o degrada la experiencia humana, reduce la vida a una existencia sin significado, estimulándose con ello un cierto tipo de cinismo o desesperación o si, por el contrario, lo que se siente es que la expresión a la estamos expuestos dignifica y ensalza al ser humano y su experiencia y señala posibilidades de significado que pueden servir como un campo de esperanza en un universo, por otro lado, completo de

En *Acts of Hope*,<sup>398</sup> White reúne un conjunto de textos pertenecientes a distintos géneros pero que todos ellos contienen, y es ahí hacia donde el autor dirige la atención, argumentos que afirman o niegan que una persona deba sujetarse a la autoridad de una institución o de prácticas sociales. Con el análisis de estos textos White pretendería hacer de la autoridad un tema consciente sobre el que pensar y argumentar. El autor, como se ha visto respecto de otras actividades de la vida del abogado sobre las que reflexiona y trata de formar, busca llegar al fondo de la actividad misma preguntándose qué es realmente lo que hacemos cuando la llevamos a cabo, para después aplicar ese aprendizaje más general al Derecho. De esta forma, White presenta el tema de la autoridad como un asunto que se encuentra permanentemente presente en nuestra vida. La mayor parte de ella la pasamos cediendo a las demandas que el mundo hace sobre nosotros, sin pensar mucho sobre ellas aunque, algunas veces, surge el desafío. La gestión del conflicto de las pretensiones que a lo largo de nuestra vida son hechas sobre nosotros por nuestros padres, amigos, profesores, jueces, policías, legisladores, por toda la gente y las instituciones que conforman nuestros mundos privados y públicos, así como las de uno sobre el mundo, es un proceso que, a veces, es llevado a cabo de una forma instintiva pero otras los sujetamos a un “arte consciente”.<sup>399</sup> El autor intenta que se tome conciencia de lo complejo que es este proceso si profundizamos en lo que realmente hacemos cuando nos enfrentamos a esta actividad, al estar todos formados, en parte, por los lenguajes, instituciones y prácticas cuya autoridad cuestionamos, así como al experimentar lo difícil que resulta

---

confusión y sufrimiento. El buscar dar significado a la experiencia es una capacidad del ser humano, como se ha visto, a la que no debe renunciarse porque, como explica White, nos confiere dignidad y evita el uso de la “fuerza o violencia” ya que ambas necesitan que esta facultad sea eliminada. James Boyd White, *Living Speech*, op. cit., pág. 169.

<sup>398</sup> James Boyd White, *Acts of Hope*, op. cit. Resúmenes de esta obra pueden encontrarse en Zan, Myint. “Book Review : James Boyd White. Acts of Hope : Creating Authority in Literature, Law and Politics”. Chicago, Illinois : University of Chicago Press, 1994; *Newcastle Law Review*. Vol. 1 (1995), págs. 117-121 y Pether, P. “Acts of hope. James Boyd White, Acts of hope: creating authority in literature, law, and politics” *3 Law Text Culture*, (1997), págs. 276-278.

<sup>399</sup> James Boyd White, *Acts of Hope*, op. cit., Prefacio.

decir lo que uno piensa que debería.<sup>400</sup> La línea entre lo imaginado y lo real, entre uno mismo y el mundo no estaría, entonces, tan clara y delimitada. White señala que son estos momentos una ocasión para el gran arte o la gran política: “Homero, en la *Ilíada*, presenta un Aquiles que empieza a ver como extraño el lenguaje de honor sobre el que ha construido su vida y, al hacerlo, escribe un poema que es un gran acto de crítica cultural y Política. Platón<sup>401</sup> en sus diálogos subvierte y transforma el lenguaje de valor por el que su cultura vivía. Lincoln,<sup>402</sup> en sus discursos públicos, redefine la Constitución como una enraizada en la igualdad de toda persona. Las obras de Emerson, Melville y Dickinson<sup>403</sup> tendrían para White el propósito de inducir ese colapso del lenguaje en el lector y, al hacerlo, abrir nuevas posibilidades para el pensamiento, el arte y la vida”.<sup>404</sup>

La pregunta que plantea White sería, entonces, si los abogados y los jueces pueden aprender algo de otros momentos de la vida y la literatura en los que el que habla pide autoridad por algún texto, institución o práctica que es externa a él mismo.<sup>405</sup> Para tratar de responderla se dirige a textos como los anteriores, así como algunos otros,<sup>406</sup> en los que el problema de gestionar la relación entre uno mismo

---

<sup>400</sup> *Ibid*, pág. 276.

<sup>401</sup> White analiza el diálogo de Platón, Critón, desde este punto de vista de la autoridad en *Ibid*, págs. 3-43.

<sup>402</sup> Ver en *Ibid*, págs. 294-303.

<sup>403</sup> White estudia el ejemplo de la lucha que mantuvo Emily Dickinson con la autoridad de las convenciones y expectativas que definían lo que era la poesía en su mundo y, por tanto, sus posibilidades como poetisa en *Ibid*, págs. 224-275.

<sup>404</sup> *Ibid*, Prefacio.

<sup>405</sup> Esta es la pregunta fundamental a la que el autor trata de dar respuesta en *Acts of Hope*.

<sup>406</sup> Otros textos que el autor analiza son: Enrique II de Shakespeare, un texto donde la autoridad en cuestión es la Corona como un derecho divino y hereditario. Ver en *Ibid*, págs. 47-81; Richar Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Politiy: Preface: Books I To IV*, en *Ibid*, págs. 82 -124, en esta obra, la autoridad que se cuestiona es la iglesia Inglesa que Hooker apoya y los puritanos rechazan. White presenta un ensayo sobre la reforma del Derecho de Sir Matteu Hale, un distinguido juez del siglo XVII, y una *opinion* de la Corte Suprema, *Planned Parenthood v. Casey* (1992), dos textos en los que, según el



y las autoridades en el mundo ha sido abordado, en su opinión, de forma especialmente inteligente y poderosa.<sup>407</sup> Ofrece su análisis con la esperanza de que puedan resultar iluminadoras ante dilemas como cuáles pueden ser las demandas adecuadas de la voz individual frente a la autoridad del Derecho u otras forma de discurso y expresión o cuánto peso debe concederse uno mismo a su propio punto de vista, a su propia experiencia cuando van en dirección contraria a los del mundo o sobre cómo abordar estas cuestiones con un sentido vivo de que lo que llamamos “nosotros mismos” no es algo independiente sino que recibe mucha de su identidad y forma del lenguaje y la cultura que se pretende criticar.<sup>408</sup>

En este sentido, White invita a analizar, por ejemplo, a una persona real, la poetisa Emily Dickinson y al personaje de ficción, Fanny, la protagonista de *Mansfield Park* de Jane Austen, como mujeres que trataron de hacerse su propia voz y a ellas mismas frente a las fuerzas de su mundo, en el cual, las cualidades de sus mentes, sus demandas, no eran tenidas en cuenta, en gran parte, por el hecho de ser mujeres. White muestra como ambas, aunque sujetas a grandes presiones, lograron transformar lo que heredaron. El autor presenta su lucha y la manera en que lograron esa transformación como un ejemplo que puede servir a otras personas (especialmente a las mujeres) que sientan, como ellas sintieron, que el lenguaje que han heredado, el de su cultura, dice cosas equivocadas, que les invita a convertirse en algo falso o que en él la

---

autor, se plantea la pregunta de hasta qué punto puede y debe considerarse el Derecho un sistema cerrado no sujeto a cambios y hasta dónde un sistema abierto, emergiendo en ellos, entonces, un tema fundamental del pensamiento legal que es el del peso y el papel que tiene y debe darse al pasado, ver en *Ibid, op. cit.*, págs. 124-187. En obras como *Mansfield Park*, de Jane Austen o en discursos como el ya citado de Lincoln y otro de Mandela, así como en la poesía de Dickinson, la autoridad no se localiza ya en las prácticas públicas e instituciones —la corona, la iglesia o el Derecho— sino que se invierte la dirección y la atención se dirige hacia las formas en que aquella personas afirman su autoridad frente al mundo, ver en *Ibid*, págs 187-307.

<sup>407</sup> *Ibid*, pág. 275.

<sup>408</sup> *Ibid*, pág. 189. La idea, según matiza White, no es que todos estos textos puedan leerse porque defiendan ideas similares, sino porque todos ellos están inmersos en diferentes versiones de una misma actividad. *Ibid*, pág. 303.

verdad no es expresada sino ocultada.<sup>409</sup> Parte de su ejemplaridad, derivaría, como se desprende de lo que White destaca de ellas en su análisis, de que en ambos casos su rebelión no toma la forma de mera destrucción, sino de transformación. En el caso de Dickinson, esta poetisa creó una nueva forma de hacer poesía y, con ello, una nueva manera de vivir con el lenguaje. El propósito de Dickinson fue, según señala White, el de invertir el valor o la fuerza de la poesía de su tiempo para que en vez de que funcionara como una fuente de seguridad y control, llena de clichés, pomposidad, falsa seguridad, como un lenguaje que descansa en teorías propuestas como incuestionables, lo hiciera como una fuente de complicación y perturbación, preocupada por la búsqueda honesta de la verdad, y no por ocultarla con frases sentimentales y clichés, sino por perseguirla y mostrarla a través de una extraordinaria concentración y densidad de significado, mediante la combinación de lo particular con lo general y la incorporación de opuestos o contrarios en lo que se escribe. White señala que, al escribir frente a estas cosas en su mundo, escribe también a ellas en el nuestro, ya que al hacerlo está definiendo una honestidad de la mente y de la expresión que pueden ser de ayuda para nosotros.<sup>410</sup>

La poesía de Emily Dickinson produciría en el lector, según destaca White, el efecto de frustrar sus deseos naturales y más primarios de someterse a esas formas sentimentales de expresión que no se preocupan de la verdad o que la ocultan. El lector se encuentra que el escritor no sólo no confirma y estimula esas expectativas, sino que las contradice, creando perturbación y complicación, y las amplía hacia otros lugares, hacia la búsqueda honesta de la verdad, donde entonces nada es claro y fácil sino confuso y contradictorio. No es a un deseo de tranquilidad o de

---

<sup>409</sup> El análisis de *Mansfield Park*, puede verse en *Ibid*, págs. 187-224. El de la poesía de Emily Dickinson en *Ibid*, pág. 224-275. Sobre esta visión conjunta de ambos casos ver especialmente en *Ibid*, págs. 268 y ss.

<sup>410</sup> *Ibid*, pág.270.

sometimiento a la autoridad sino a un verdadero deseo de significado, al que estas obras estarían buscando dar una respuesta.<sup>411</sup>

Esta forma de gestionar la manera en que uno hace su propia voz frente a la autoridad del mundo, de una manera civilizada y conciliadora, es un denominador común de las obras que el autor destaca y un modo de hacerlo que alcanza especial mérito y valor en los mencionados discursos de Lincoln y Mandela. Ambos vivieron en un mundo injusto, dominado por el odio y la guerra y, sin embargo, los dos evocan en sus textos un estándar de vida civilizada que define otras y mejores posibilidades.<sup>412</sup> Es esta forma de ver la autoridad en un texto y la manera en que en él es construida lo que podría explicar el título del libro: *Acts of hope*, en la medida en que gran parte de lo que puede aprenderse de estos autores cuando tratan de dar autoridad a sus puntos de vista frente a los del mundo es que, cuando lo hacen, no producen un sentimiento destructivo o de desesperación, sino que lo convierten en un acto de esperanza.

Otra de las características que está presente en todos estos textos y que contribuiría a su ejemplaridad, es la de que la demanda de autoridad, en todos ellos, es presentada como un acto creativo. Esto significa que en ellos no se señala, simplemente, a la autoridad que se invoca o resiste -la corona, la iglesia o el Derecho-, como si tuvieran estas palabras unos significados preexistentes conocidos por todos sino que, en parte, éstos son creados en el propio texto, lo cual daría lugar a que en ellos se tomen posiciones mucho más complejas que un simple a favor o en contra de una institución preexistente. La autoridad de la iglesia, el Derecho, el lenguaje de las convenciones poéticas o cualquier institución que el escritor aborde, no existen de una forma no problemática en el mundo exterior para ser observado o descrito, sino que cada una de ellas son

---

<sup>411</sup> Es esta misma frustración de las expectativas y deseos del lector de someternos a la autoridad, la que describe White que produce Platón con sus diálogos respecto a la filosofía. Y, de esta manera, respecto al diálogo *Critón*, el autor señala que gran parte de su significado recae en que constituye un lector más profundamente desconcertado, más profundamente alerta, mejor preparado para la actividad de la filosofía tal y como Platón la concibe. *Ibid*, especialmente, págs. 41 y ss.

<sup>412</sup> *Ibid*, pág. 278.

constituidas en el propio texto.<sup>413</sup> No sería sólo, entonces, la iglesia y el Derecho lo que estos escritores piden en sus escritos que tengan autoridad, sino la iglesia y el Derecho tal y como ellos recrean estas instituciones en su texto. De esta manera, por ejemplo, cuando White estudia el discurso de Lincoln en el que éste invoca la autoridad de la Unión, no sería la autoridad del algún objeto en el mundo lo que él señala, sino la autoridad de la Unión como él la crea en el texto.<sup>414</sup>

Esta apreciación, que podría explicar el subtítulo del libro: *Creating Authority*, sería determinante de la manera en que habría que atender a los textos. Lo importante no sería ver si están a favor o en contra de una determinada institución, sino el tipo de invitación que cada uno de ellos constituye de hablar de una determinada manera sobre cada una. De esta forma, White lee, por ejemplo, Ricardo II de Shakespeare, no como una obra que respalda o niega el absolutismo, sino como un texto que ofrece una manera de pensar sobre ello,<sup>415</sup> siendo verdaderamente a esta forma de pensar y no a la institución misma, a lo que estos escritores estarían dando autoridad y valor. La pregunta esencial que el autor se hace ante todos estos textos es entonces: ¿Qué tipo de pensamiento o forma de hablar ejemplifica y constituye como autoritativa?<sup>416</sup>

Todas estas obras serían presentadas como ejemplares, además, por el tipo de pensamiento y la forma de hablar que utiliza el escritor en ellas. De su análisis podría deducirse que el motivo de esta ejemplaridad se debe, en parte, a que no se expresan a través de declaraciones o conclusiones firmes y determinantes, sino a través de un fuerte sentido de provisionalidad y de inclusión.<sup>417</sup> La virtud que el autor estaría destacando

---

<sup>413</sup> *Ibid*, pág. 276.

<sup>414</sup> James Boyd White, "Establishing Relations", *op. cit.*, pág. 20.

<sup>415</sup> James Boyd White, *Acts of Hope*, *op. cit.*, pág. 47 y ss.

<sup>416</sup> Ver, por ejemplo, *Ibid*, págs. 40 y ss y 75 y ss.

<sup>417</sup> El autor propone la forma de hablar de estos escritores como más apropiada a la de aquellos que lo que hacen es decir a su lector cómo son las cosas. Ésta demostraría una ausencia de sentido

y a la que debería aspirarse no sería, entonces, la del pensamiento lógico, que actúa desde unas premisas preestablecidas para llegar a unas conclusiones firmes, sino a una manera de hacerlo que busca la comprensión o integración de diferentes formas de hablar y de pensamiento dentro de un orden, como White manifiesta que hacen estos escritores.<sup>418</sup> Y es que, para el autor, toda pretensión de autoridad que pueda hacerse sobre cualquier materia, debería estar marcada por una provisionalidad estructural, en la medida en que ver las cosas de esta

---

respecto a la limitación de su mente y sus conocimientos así como ninguna conciencia de lo defectuoso o problemático de su lenguaje. Se trataría de un tipo de mente, como White destaca, que primero dice cuáles son los principios y luego muestra lo que fluye de ellos como si fuera un proceso automático. Según el autor, esta es la concepción del discurso racional que ha dominado la filosofía y el análisis político angloamericano desde Locke hasta el momento presente, con la excepción del último Wittgenstein, mucha de cuya filosofía estaría dedicada a la investigación de la visión inadecuada de la mente y el lenguaje que reflejaría este modo de expresarse en la filosofía. Con estos textos de Hooker, Hale y Platón White querría mostrar que existe otra tradición, más retórica y literaria, más arraigada en lo particular y en la inclusión de voces distintas o contrapuestas. *Ibid*, págs. 150 yss.

<sup>418</sup> Ver, por ejemplo, *Ibid*, pág. 75. White que, como se ha dicho, recibió una educación literaria además de la jurídica, experimentó cómo su visión de cada una de estas disciplinas estaba condicionada por la otra. Su manera de ver el Derecho estaba irremediablemente afectada por su educación literaria previa. Las similitudes entre ambas disciplinas y su actividad común se le hicieron patentes. En ellas, el lector crítico, no sólo debía entender y describir el texto (el poema o la resolución judicial) sino que debía darle un nuevo significado y un nuevo lugar en el mundo. Además, desde un punto de vista formal, pudo percibir hasta qué punto un mismo estándar de juicio podía ser aplicado a ambas. Aprendió a concebir la excelencia poética como un todo integrante, como la complejidad controlada o los contrarios comprendidos. En este sentido señala que “el poema trae juntos en un lugar y con una forma: voces, sentimientos, lenguajes, hechos, ideas, actitudes o deseos, que normalmente no se encuentran juntos y entre los que puede haber graves contradicciones”, en *Heracles Bow*, op. cit., pág. 114. El autor alude a la definición de Coleridge sobre la imaginación de los poetas como la que se “revela en el equilibrio o reconciliación de las cualidades opuestas o discordantes”, ver en *Ibid*. Cuando las oposiciones no pueden ser comprendidas en algo más grande se dice que la obra fracasa. White afirma que esta concepción de excelencia, como la comprensión de la contrariedad, puede aplicarse en el drama, la historia, la psiquiatría y el Derecho. *Ibid*, págs. 115 y ss. Éste sería, desde este punto de vista, una práctica en la que dos partes opuestas cuentan sus historias contrarias y lo hacen valiéndose de un lenguaje común en un proceso hecho para comprender sus oposiciones: “cada parte cuenta su historia desde su punto de vista y, al hacerlo, reconstruye los hechos y redefine el Derecho al dar a la historia un significado particular”. *Ibid*, pág. 116. Será para White una medida de éxito de toda decisión judicial, cuánto de lo que parece irremediablemente opuesto puede ser comprendido en un orden mayor. Propone el ejemplo de obras como *Absalom! Absalom!* o *The Sound and the Fury* de Faulkner así como otras de diferentes autores y culturas como Dickens y Austen o por ejemplo Esquilo y Eurípides o incluso Burke o Gibbon, como ejemplos de textos en los que los autores mueven la cultura en la dirección de comprender los contrarios, así como de reconocer la esencial humanidad de todos sus miembros. *Ibid*, pág. 133. Como se ha visto que trata de demostrar en *When Words Lose Their Meaning*, para el autor, la grandeza literaria de ciertos textos es inseparable de su grandeza política y ética. Para él, como para Sartre en *Qué es la literatura*, lo moralmente vicioso no puede ser estéticamente grande. *Ibid*, pág. 132. White nos muestra un punto de vista en el que las preocupaciones del Derecho y el arte y de la justicia y la belleza no se ven desconectadas o divergentes sino como una misma cosa. Véase *Ibid*, págs. 107- 164.

manera sería hacer activo un sentido del límite de nuestros lenguajes y mentes. Frente al pensamiento que actúa por pasos lógicos de la premisa a la conclusión, que lo que podría reflejar es un exceso de confianza en un solo lenguaje, White muestra la forma en que Shakespeare procede en *Enrique II*, utilizando un lenguaje que se caracterizaría por la inclusión o comprensión de distintas posibilidades de hablar, de ver el mundo, de pensar. Este es el modo de pensar que reflejaría también Platón en sus diálogos. Se trata de un tipo de lenguaje que reconocería que nosotros mismos estamos hechos por las culturas que deseamos criticar y que, por tanto, no hay un lugar desde fuera del mundo desde el que examinarlo, al estar el mundo dentro de nosotros.<sup>419</sup> “La dialéctica funciona estableciendo una comunidad de dos en la que ambos intentan juntos llegar a un entendimiento más claro de lo que es correcto, sabiendo que los instrumentos a través de los cuales lo hacen, sus mentes, son radicalmente imperfectos”.<sup>420</sup>

Finalmente, habría que decir que en todos estos textos se produce algún tipo de cambio respecto a la herencia cultural y que éste tiene siempre lugar sobre la base de lo que es familiar y heredado.<sup>421</sup> En ellos la reforma es tanto una parte como la preservación. Este es el tipo de conservadurismo que, según White, ha funcionado en el estudio de las artes y humanidades y en el Derecho también, y que consistiría en el sentimiento de que es necesario hacer un esfuerzo por aprender de lo que otros han preservado como valioso, incluso si al principio no nos lo parece.<sup>422</sup>

El estudio sobre la autoridad, desde esta perspectiva, constituye un aprendizaje que podría orientar al abogado y al juez acerca de qué puede ser digno de respetarse y conservarse de la tradición o de las decisiones

---

<sup>419</sup> James Boyd White, *Acts of Hope*, op. cit., pág. 189.

<sup>420</sup> *Ibid*, pág. 190.

<sup>421</sup> *Ibid*, págs. 150 y ss.

<sup>422</sup> *Ibid*, pág. 152.

adoptadas por otros cuando tienen que hacer algo nuevo con esos materiales. Es esta una tensión permanente y esencial en la tarea del jurista. Éste trabaja siempre, como ya se ha destacado, a partir de un material heredado, el cual, debe saber leer e interpretar para poder darle un significado en el presente. White destaca la necesidad de conocer y saber resolver esta tensión adecuadamente. La desconsideración hacia los textos del pasado que caracteriza, como se ha visto, a ciertas tendencias de la enseñanza y práctica del Derecho, supone prescindir de la forma característica y esencial de funcionar del Derecho, un hábito que constituye una amneza para la democracia misma.

Este es el motivo por el que el autor dedica una especial atención a esa parte de la vida del abogado que se refiere a la lectura de textos compuestos por otros. Esto es gran parte de lo que éste hace: leer normas, decisiones judiciales, contratos, etcétera, en definitiva, todos los documentos autoritativos que definen la ocasión y los términos de su discurso. Es a estos materiales del Derecho a los que el abogado vuelve desde la historia que su cliente le ha contado. Su pregunta principal o esencial es qué significan o pueden significar.

El autor compara esta actividad del abogado con la del humanista, cuya principal preocupación es preguntarse por el significado de los artefactos artísticos. Y es que, según destaca el autor, cuando se investiga el significado de éstos, el hecho más sobresaliente es que cada uno de ellos es un fragmento, una pieza de algo mayor. La primera tarea es entonces la definición provisional de aquello de lo que son parte y a cuyo significado contribuyen: una iglesia, un poema, una pintura, etcétera, pero como estas piezas no están solas, pueden ser vistas como parte de otras, de otros poemas, de otras iglesias, de otras pinturas del mismo autor, pudiéndose incluso ir más lejos, a los patrones culturales, políticos o económicos vigentes cuando fue hecha la obra. Esta forma de mirar el artefacto artístico arrastraría, entonces, un conjunto de contextos frente a los cuales la obra puede ser vista como una actuación, marcada por las similitudes y las diferencias. Para comprenderlo habría que intentar

siempre entender los contextos frente a los que actúa.<sup>423</sup> Esto determinaría, según explica White, que el significado de este tipo de obras de arte sea fundamentalmente experiencial, en cuanto que gran parte de su significado consistiría en la sorpresa que el espectador o lector experimenta dentro de la familiaridad.<sup>424</sup>

El autor traslada esta manera de entender el trabajo con las humanidades al Derecho. La lectura de los artefactos humanistas es, en este sentido, un tipo de “Traducción” ya que cuando se trata de explicar el significado de la experiencia de uno de ellos, lo que se lleva a cabo es una tarea de traducción de una cultura a otra, de un modo de expresión a otro y, en ambos casos, la empresa es en un sentido real imposible.<sup>425</sup> Pero como White quiere poner de manifiesto, esto no es algo exclusivo de los artefactos artísticos sino que un discurso político, una broma, en definitiva, todo uso del lenguaje, es una actuación frente a un contexto anterior, de manera que, cuando ese contexto cambia, el significado de esa actuación lo hace también.<sup>426</sup> White plantea, entonces, aplicar a los textos del Derecho esta manera de entender el trabajo con las humanidades. Al igual que sucede con el poema, la pintura o la iglesia, los materiales del Derecho son hechos por otras personas, en otras circunstancias culturales, siendo la principal pregunta del abogado qué significan. Como ocurre con los artefactos artísticos, para dar un significado, por ejemplo, al fragmento de una decisión judicial, sería importante no sólo conocer la decisión entera, sino también todo el mundo preexistente frente al que ésta sería una respuesta. La decisión judicial sería una actuación frente a un contexto previo y su comprensión requeriría, entonces, una armonización con el mismo.<sup>427</sup> Estas son algunas

---

<sup>423</sup> James Boyd White, *From Expectation to Experience*, op. cit., págs. 91 y ss.

<sup>424</sup> *Ibid*, pág. 97 y ss.

<sup>425</sup> Ver, por ejemplo, *Ibid*, pág. 101 y ss.

<sup>426</sup> *Ibid*.

<sup>427</sup> *Ibid*, pág. 105 y ss.



de las dificultades que conllevaría leer un caso en su contexto original. Pero éstas aumentan si se trata de llevar éste al momento presente, no sólo a un mundo diferente al del caso, sino diferente al del que fue imaginado entonces. Cuando nos preguntamos qué significa un caso del pasado hoy, no sólo habría que entender qué significa ese caso en el contexto anterior sino que habría que traducirlo de un mundo a otro y, al hacerlo, cambiar su significado. Y en Derecho, como el autor especifica, no somos totalmente libres al realizar esto, sino que debemos intentar hacerlo de una forma que no sólo respete el caso mismo, sino otros casos y autoridades legales también.<sup>428</sup>

## 2.4. El abogado traductor

White propone la metáfora de la traducción y del buen traductor como una imagen que puede ser de utilidad para los jueces y abogados y que podría funcionar para ellos como un modelo de pensamiento y acción. Por ello, dedica algunas de sus obras, especialmente *Justice as Translation*<sup>429</sup> y “Translation As a Way of Understanding the Language of Law” en *Ordinary Language and Legal Language*,<sup>430</sup> a proporcionar al jurista un conocimiento más profundo de este proceso traducción. Para comprender, realmente, la idoneidad y el por qué de esta propuesta, sería primero necesario referirse a qué es lo que entiende este autor por un acto de este tipo. Y así, para White, sería preciso, en primer lugar, abandonar la idea que a menudo se tiene de la traducción como una actividad en la que se traslada algo de un lenguaje a otro. Esto supondría una forma falsa de concebir el significado, como si éste fuera un objeto, como si pudiera separarse de sus palabras, de su lenguaje y contexto cultural para reproducirse en otro.<sup>431</sup> Esta común y equivocada expectativa respecto a la traducción, de que lo que se dice en un lenguaje

---

<sup>428</sup> *Ibid*, pág. 106.

<sup>429</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, *op. cit.*

<sup>430</sup> James Boyd White, *Ordinary Language and Legal Language*, *op. cit.*

<sup>431</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, *op. cit.*, pág. 234.

puede decirse en otro, sería resultado, por tanto, de una visión equivocada del lenguaje en general, como si fuera un código que encierra mensajes, como algo transparente y neutral que, en su versión más extrema, llevaría a ver los diferentes lenguajes, simplemente, como formas diferentes de nombrar las cosas con sonidos distintos.<sup>432</sup> White, como se ha visto, defiende otra manera de entender del lenguaje. Para él éste configura lo que decimos y pensamos, lo que vemos y experimentamos. Pensar en él de otra forma sería borrar la realidad social y cultural que está constituida en él y que da significado al mundo natural. No habría más que ver los diferentes significados que la palabra mar y rocas tienen, por ejemplo, para Odiseo, para un geólogo o para nosotros mismos.

Es precisamente esa concepción del lenguaje la que permite acceder al significado real de cualquier texto, incluidos los textos jurídicos. Para el autor, como se ha visto que ocurre con los artefactos artísticos, todos ellos tienen un complejo significado multidimensional que deriva de la actuación de cada uno de ellos frente a un conjunto de contextos que vendrían definidos por las expectativas que se tengan respecto a la manera de utilizar el lenguaje, las expectativas con respecto al género utilizado, las relaciones sociales en las que el texto es una intrusión, nuestra experiencia del medio en que es compuesto y su relación con el mundo fuera del texto, su lugar en un texto mayor, así como la conversación en la que participa o a la que invita.<sup>433</sup> Por tanto, esta visión del lenguaje y la consiguiente multidimensionalidad del significado, convierten cualquier intento de traducción, incluida la traducción al

---

<sup>432</sup> *Ibid*, pág. 254.

<sup>433</sup> James Boyd White, *Ordinary Language and Legal Language*, *op. cit.*, pág. 71. White proporciona muchos ejemplos de esto a través del análisis del significado de un conjunto de obras literarias desde esta perspectiva como, por ejemplo, la manera en que Homero en la *Iliada* pone en cuestión las premisas del lenguaje de la poesía épica en la que compuso este poema, ver en James Boyd White, *When Words Lose their Meaning*, *op. cit.*, págs. 24-58, o Platón con respecto al lenguaje ordinario griego de valor y excelencia, ver por ejemplo James Boyd White, *Acts of Hope*, *op. cit.*, págs 3-44, o sobre las expectativas con respecto al lenguaje de la poesía americana, especialmente la poesía de mujeres, el cual la poetisa Emily Dickinson encontraba vacío, y frente al que su obra supone una actuación ver en *Ibid*, págs. 224-271.

Derecho, en una actividad más compleja, mucho más difícil de imaginar y comprender<sup>434</sup> pero, como se verá a continuación, es precisamente el reconocimiento de esta dificultad la que permitirá apreciar hasta qué punto se trata siempre de una actividad incompleta.

El autor citando a Ortega y Gasset señala que todo acto de traducción total es imposible al producirse siempre en el nuevo texto dos tipos de modificaciones con respecto al original: las que Ortega denomina “deficiencias” que son aspectos del significado del original que no son repetidos en la traducción y las “exuberancias” con las que se refiere a aquellos aspectos del significado que aparecen en la traducción pero que no son parte del original.<sup>435</sup> Cuanto más complejo sea nuestro sentido del significado del original, más claramente se apreciarán estas distorsiones inherentes en cualquier esfuerzo de traducción.<sup>436</sup> Y es que estas exuberancias y deficiencias, para White, tienen su origen, precisamente: en el hecho de que las palabras que usamos tienen diferentes historias en las dos culturas y, por tanto, significados distintos e imposibles de reproducir exactamente; en que los dos lenguajes tienen cada uno de ellos diferentes estructuras, que requerirán o no de una especificación con respecto al género, tiempo verbal, número, etcétera; así como en los diferentes contextos sociales, culturales y psicológicos. White defiende, entonces, que hasta en el caso más sencillo la traducción es necesariamente imperfecta. Esto se complicaría a medida que el texto sea más complejo, donde las imperfecciones entonces crecen y las conexiones entre el original y la supuesta reproducción pueden llegar a ser difíciles de encontrar.

---

<sup>434</sup> James Boyd White, *Ordinary Language and legal language*, op. cit., pág. 67.

<sup>435</sup> Jose Ortega y Gasset, “Misericordia y esplendor de la traducción”, en *Obras completas*, vol.5, 7ª edición, Madrid 1970, pág. 433. Ver en James Boyd White, *Justice as Translation*, op. cit., págs. 235 y 296.

<sup>436</sup> James Boyd White, *Ordinary Language and Legal Language*, op. cit., pág. 67.

A pesar de estas dificultades, sin embargo, White señala que la traducción es posible,<sup>437</sup> lo cual sitúa al traductor en un espacio incierto entre dos realidades: la de que es posible hacer un texto en un lenguaje que, hasta cierto grado, reproduzca lo hecho en otro y que esta actividad, así concebida, es siempre imperfecta.

Esta situación, para White, no es reflejo de una actividad avocada al fracaso, sino de una que resulta especialmente instructiva. Y lo sería porque experimentar el necesario fracaso de toda traducción permite acceder a un sentido de uno mismo y del propio lenguaje diferente al que normalmente le dirigen sus primeras expectativas respecto a ambos. Y esto es algo necesario y beneficioso para la vida interactiva, la vida social y, también, como se verá, para el Derecho. El intento de traducir coloca al traductor en un lugar entre textos, entre lenguajes, entre personas, donde éste debe respetar ambos.<sup>438</sup> Se trata de una actividad en la que se reconoce al “otro”, el compositor del texto original, como un centro de significado aparte de uno mismo y requiere tanto descubrir el valor del lenguaje del “otro” como los límites del “propio”.<sup>439</sup> Esta visión aplicada, por ejemplo, al campo de la interpretación en el Derecho, colocaría al intérprete, igualmente, en una situación entre el texto y el presente, donde de nuevo ambos deben ser respetados. En el transcurso de esta actividad cuanto más familiarizado esté el intérprete con el lenguaje del texto original más insatisfactorio le resultará su propio lenguaje para desarrollar adecuadamente su actividad ya que apreciará, más claramente que siempre reproduce menos de lo que dice el original y que, a la vez, siempre introduce cosas nuevas. El efecto es, entonces, como se decía, una nueva forma de ver el lenguaje propio, el cual, se muestra ahora de forma más problemática, pudiéndose percibir unas veces como restrictivo,

---

<sup>437</sup> James Boyd White, “Establishing Relations Between Law and other Forms of Thought and Language”, *op. cit.*

<sup>438</sup> Una actitud adecuada y acorde al mundo incierto que White describe.

<sup>439</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, *op. cit.*, pág. 257.

torpe u oscuro, ya que la propia actividad hará inevitable colocar bajo escrutinio aspectos del propio lenguaje que antes parecían invisibles.<sup>440</sup>

Se trata, por tanto, de un proceso que al funcionar a través del respeto hacia dos textos y exigir del traductor el conocimiento del lenguaje que trata de traducir, tendría como consecuencia positiva la liberación del intérprete-traductor, al menos momentáneamente, de la prisión de las propias maneras de ser y de pensar, pudiendo tener así una percepción crítica con respecto del lenguaje propio y de sí mismo. Es por todo ello que White se plantea su aplicación como una actividad educativa especialmente apropiada para el abogado.<sup>441</sup>

White estudia las posibilidades que podrían derivarse de colocar o concebir al abogado habitando su propia versión del espacio incierto del traductor cuando trata, al igual que éste, de hacer un texto en respuesta a otro en su propio lenguaje. Situarlo en esta posición, supondría que el abogado conoce, por un lado, que es imposible una reproducción completa del texto anterior en su contexto pero, por otro, que algo útil puede ser dicho en otros términos.<sup>442</sup>

Desde este punto de vista el Derecho funcionaría por la “traducción” de textos autoritativos al momento presente, es decir, por un proceso consistente en llevar lo que fue escrito en un contexto a otro particular, donde tiene necesariamente un significado, de alguna forma, diferente. No se trataría de un proceso mecánico o técnico, sino que requeriría siempre de un acto creativo. Éste, como se ha visto, resulta imprescindible y, por tanto, no podría eliminarse por ninguno de los mecanismos que han sido establecidos para evitarlo, como el recurso a la “intención original del texto” o “las palabras claras del texto”. Pero, como en toda traducción, la fidelidad al texto original no debe ser olvidada, ya

---

<sup>440</sup> *Ibid*, pág. 255.

<sup>441</sup> Ver James Boyd white, “Translation as a way of understanding the language of Law” en *Ordinary Language and Legal Language*, *op. cit.*, págs. 60-81.

<sup>442</sup> James Boyd White, *Justice as Translation*, *op. cit.*, pág. 236.

que es sobre éste sobre el que descansa todo el derecho del traductor a hablar. En este sentido, no tendría autoridad para desconsiderar o sustituir el original por una composición propia, donde estableciera, por ejemplo, su propio punto de vista sobre la mejor política o la mejor práctica, sino que, como ya se ha dicho que es característico del traductor, debe habitar el espacio de incertidumbre entre la fidelidad a los textos del Derecho y el conocimiento de que éstos no se traducen o interpretan ellos mismos, sino que es una actividad que deberá llevar a cabo él mismo y de la cual es responsable.<sup>443</sup>

Por tanto, la actividad central del jurista de leer textos de Derecho, casos, leyes, regulaciones, y su imperfecta reproducción en composiciones propias, en contextos diferentes a aquellos en los que fueron hechas, es, para White, un tipo de traducción que debería conformar tanto la manera en que los abogados y los jueces producen sus propias composiciones, como la forma en que se juzgan las de otros.<sup>444</sup>

En cuanto a cómo esta forma de concebir la traducción debe afectar, entonces, a los abogados y jueces que buscan elaborar el significado de un texto a través de la composición de otro, podría decirse que deberían éstos, entonces, atender a los textos a los que tratan de dar respuesta comprendiendo, en primer lugar, que el significado de todos ellos se encuentra indisolublemente atado a su inmediato y único contexto: “a su lenguaje y cultura, a las relaciones sociales a partir de las cuales emerge y sobre las que actúa, a los textos anteriores a los que el autor y su audiencia miran para establecer y entender sus términos, a su localización en un lugar determinado en el mundo físico.”<sup>445</sup> Todo ello supone una complicación respecto a la percepción que se pueda tener del significado, la cual permitirá una mayor conciencia con respecto a la distorsión que se produce en toda respuesta o intento de reproducción de

---

<sup>443</sup> *Ibid*, pág. 246.

<sup>444</sup> *Ibid*, pág. 241.

<sup>445</sup> *Ibid*, pág. 236.

los mismos. Como se ha dicho, será inevitable la existencia de exuberancias y deficiencias y ello en la medida en que lo que se necesita saber acerca de las circunstancias y los hechos sociales que definen el contexto sobre el que el texto actúa y del que adquiere fundamentalmente su significado, nunca pueden ser conocidos del todo.<sup>446</sup> Por otro lado, el texto original debe ser traducido al momento presente y al lenguaje contemporáneo, donde entonces no sólo las circunstancias sociales y culturales han cambiado, sino también el lenguaje mismo.<sup>447</sup> Todo ello debe suponer, para White, un reconocimiento por parte del traductor o intérprete de que su sentido del significado, tanto del texto original como de la versión que realiza del mismo, es incompleto e incierto, algo que debería quedar reflejado en su composición.<sup>448</sup> Como ocurre en el caso del traductor, será la fidelidad a los textos anteriores un imperativo ético fundamental para el abogado intérprete, algo que, como ya se ha visto, no significa en absoluto literalidad o que entienda su tarea como técnica o mecánica. Muy al contrario, este proceso siempre requerirá de él, como se ha visto, un esfuerzo y una respuesta individual de la mente y la imaginación ante la dificultad que se le plantea.<sup>449</sup> El nuevo texto tendrá un significado “propio”, diferente pero “relacionado” con el original, del cual el traductor será responsable. White considera que toda traducción y toda interpretación participa, entonces, en mayor o menor medida, de lo que sucede cuando se traduce un poema: de igual manera que toda traducción de un poema es para el autor un poema en sí mismo, todo nuevo texto tendrá un valor, bueno o malo, en sí mismo así como en relación con otro.<sup>450</sup>

---

<sup>446</sup> *Ibid*, pág. 238.

<sup>447</sup> *Ibid*, págs. 240 y 241.

<sup>448</sup> *Ibid*, pág. 240.

<sup>449</sup> *Ibid*, pág. 243.

<sup>450</sup> *Ibid*, pág. 252.

La consecuencia, por tanto, de este proceso de traducción con respecto al significado de un texto, es que no sería creado únicamente por la comunidad de intérpretes ni, como defiende la visión opuesta, se encontraría en el texto sin más, a disposición de las futuras generaciones, sino que el verdadero significado se hallaría en la interacción entre la mente del traductor o intérprete y el texto.

Podría decirse que la manera en que White concibe la actividad de la interpretación, a la que el autor aplica la imagen del buen traductor, implicaría entonces que en la realización de esta actividad, así como en la forma en que ésta debe enjuiciarse, lo fundamental será más bien una cuestión de comprensión y de actitud.<sup>451</sup> Lo verdaderamente relevante cuando el abogado afronta la tarea de componer un texto en representación o respuesta de otro, será su reconocimiento, en la ejecución de esta actividad, de lo necesariamente inadecuado de su repuesta, en la medida en que esto supondría, a su vez, una adecuada comprensión, por su parte, de lo limitado de toda mente y lenguaje.<sup>452</sup>

White señala que “es en este sentido en el que lo que él denomina “traducción” –hacer textos en respuesta a otros mientras se conoce la imposibilidad de una total comprensión o reproducción- se convierte en un conjunto de prácticas que pueden servir como un modelo ético y político para el Derecho y, más allá de ello, como un estándar de justicia”.<sup>453</sup>

Podría decirse que ésta sería una manera racional de proceder acorde con la naturaleza de nuestro mundo y la realidad del lenguaje, al ser la traducción un proceso que hace necesario comprender los límites del lenguaje y de nuestras propias mentes, es decir, que todo lo que decimos y todo lo que somos se debe en parte al contexto en el que vivimos, siempre imperfectamente percibido y en permanente cambio, y

---

<sup>451</sup> *Ibid*, pág. 246.

<sup>452</sup> *Ibid*, pág. 258.

<sup>453</sup> *Ibid*, pág. 258.



que admite, por tanto, la contingencia de las convicciones con las que funcionamos. Frente a aquellos que, precisamente, por estas circunstancias piensan que nada puede aprenderse ni saberse y que, por tanto, ningún valor común y permanente puede ser establecido, White apela a un principio de humildad y sinceridad, o lo que podría llamarse la “ética del traductor”,<sup>454</sup> como una guía a la hora de componer un texto en respuesta a otro y, por tanto, como un criterio para poder enjuiciarlos. Son, entonces, estos principios, esta actitud de franqueza ante la realidad de nuestras condiciones, aspectos que deberían quedar reflejados en el texto. No son criterios de “exactitud” con los que habría que juzgar las posibles interpretaciones del Derecho sino, más bien, de “lo apropiado”.<sup>455</sup> En este sentido, muchas y no una sola podrían ser las interpretaciones posibles y adecuadas, lo cual supondría, como se ha dicho, no un síntoma de debilidad sino de fortaleza. Lo importante sería una cuestión de actitud en la búsqueda de significado por parte del intérprete:<sup>456</sup> una disposición a actuar a partir de la fidelidad al texto interpretado para que éste actúe en los nuevos contextos. Esto a su vez requiere de un arte, de la capacidad de hacer algo nuevo, pero con conciencia de que una reproducción perfecta es imposible.

Lo que habrá que enjuiciarse, de toda interpretación, es el tipo de fidelidad y coherencia que el nuevo texto establece con respecto al texto interpretado así como el significado ético y cultural que establece el nuevo texto por sí mismo<sup>457</sup>.

Son éstos algunos de los criterios que el autor propone para movernos en la incertidumbre ante la imposibilidad hacerlo a través de certezas. Todos ellos asumirían la realidad de nuestra existencia: que somos sujetos constituidos por los lenguajes que utilizamos, los cuales

---

<sup>454</sup> *Ibid*, pág. 268.

<sup>455</sup> *Ibid*, pág. 256.

<sup>456</sup> *Ibid*, pág. 266.

<sup>457</sup> *Ibid*, pág. 256.

condicionan nuestra visión del mundo y, por tanto, nos hacen limitados. Es un tipo de conocimiento que, según White, haría posible y orientaría a jueces y abogados hacia una actitud de respeto a los textos autoritativos del pasado y hacia el reconocimiento de los otros.

White, con el ideal del buen traductor lo que busca es educar la actitud de estos profesionales, para que sea adecuada y responsable. Esta sería la mejor y más importante garantía de justicia que puede tenerse en un mundo incierto.



**PARTE 2:**  
**RICHARD WEISBERG**  
**EL DERECHO EN LA LITERATURA**



Richard Weisberg (1944-2010) fue profesor de Derecho constitucional en Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University y abogado (Gottlieb, Steen & Hamilton, y Coudert Freres en París). Experto en hermenéutica jurídica y teoría narrativa, comenzó su carrera de académico y profesor como Assistant Professor de francés y literatura comparada en la Universidad de Chicago. Obtuvo el JD de Columbia Law School, donde editó una revista de Derecho. Entre otras, recibió una beca de investigación de la Guggenheim Rockefeller Foundation. En el 2009 fue galardonado con la Legión de Honor por el gobierno francés por su trabajo sobre las políticas raciales durante el gobierno de Vichy. Murió en mayo de 2010.

Fue pionero en los estudios de “Derecho y Literatura”<sup>458</sup> y un miembro muy activo del movimiento, ya que fundó y presidió el Law and humanities Institute y editó la revista *Cardozo Studies in law and Literature*. Su aportación doctrinal al movimiento se articula a través de numerosos artículos y cuatro monografías: *The Failure of the World: the Protagonist as Lawyer in modern fiction* (1984),<sup>459</sup> *When Lawyers write*

---

<sup>458</sup> Weisberg escribe sus primeros artículos de Derecho y literatura en los años setenta del siglo pasado: Richard Weisberg, “Hamlet and “*Ressentiment*”, *American Imago*, v.29 #4, 318-337 (1972); Richard Weisberg, “An Example not to Follow”: *Ressentiment in Notes from Undreground*,” *Modern Fiction Studies Reprints*, #33 (1976); Richard Weisberg, “Comparative Law in Comparative Literature: The Examining Magistrate in Dostoievski and Camus,” *29 Rutgers L. Rev.* 237 (1976); Richard Weisberg “Wigmore’s Legal Novels’ Revisited: New Resources for the Expansive Lawyer,” *71 Northwestern L. Rev.* 17 (1976); Richard Weisberg, “Law and Literature: Introduction and Aplication,” *9 Univ. Of Hartford Studies in Literature* (1977); Richard Weisberg, “Solzhenitsyn’s View of the Soviet Law in *The First Circle*,” *41 Univ. Chicago L. Rev.* 327 (1974); Richard Weisberg, “Law, Literature and Cardozo’s Judicial Poetics,” *Cardozo L. Rev.* 283 (1979).

<sup>459</sup> Richard Weisberg, *The failure of the World: The Protagonist as Lawyer in modern Fiction*, Yale University Press, 1984.

(1987)<sup>460</sup>, *Poethics and Other Strategies of Law and Literature* (1992)<sup>461</sup> y *Vichy Law and the Holocaust in France* (1996)<sup>462</sup>.

En la exposición de este autor se sigue la misma estructura que en el caso de White con el objetivo de intentar establecer entre los autores un paralelismo desde el que puedan hacerse más visibles tanto los diferentes puntos de vista entre ellos como, sobre todo, los elementos comunes en ambos. Por ello, en la primera parte, al igual que ocurría con el anterior autor, se recogen un conjunto de presupuestos que podrían justificar y hacer más comprensibles el tipo de lectura que el autor propone de los textos literarios, el porqué acudir a la literatura y en concreto a las obras que el autor escoge, las enseñanzas que Weisberg entiende que un jurista puede y debe extraer de ellas, así como el objetivo que el autor perseguiría con todo ello.

Dentro del conjunto de presupuestos que se presentan, ocupa un lugar relevante el estudio y análisis que el autor lleva a cabo sobre la retórica utilizada por la comunidad de juristas durante el período de Vichi en Francia. Como se pretende mostrar, es el diagnóstico que hace el autor sobre la actuación de estos abogados y sus consecuencias terribles, lo que Weisberg trataría especialmente de conjurar a través de su proyecto de Derecho y literatura, ante los riesgos que él percibe de que situaciones similares vuelvan a repetirse. Esta sería, pues, la principal lección que, a su juicio, los juristas de nuestro tiempo deben aprender.

Este proyecto tendría como punto de partida, también, y al igual que ocurre en el caso de White, una determinada visión del Derecho y de la crítica literaria. El material formativo fundamental propuesto por el autor estaría constituido por un conjunto de obras literarias y el legado de

---

<sup>460</sup> Richard Weisberg, *When Lawyers Write*, Little, Brown and Company, 1987.

<sup>461</sup> Richard Weisberg, *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press, 1992.

<sup>462</sup> Richard Weisberg, *Vichy Law and the Holocaust in France*, Harwood academic publishers, (1996).

un juez, Cardozo, cuya retórica ejemplificaría, a la vez, esa visión del Derecho que el autor trata de poner de manifiesto y una retórica capaz de conjurar los errores de la comunidad de juristas franceses.<sup>463</sup> Es el análisis de cada uno de estos presupuestos enunciados lo que configura la primera parte de la exposición.

---

<sup>463</sup> Otra visión del autor y de los asuntos que trata basado en su obra *Poethics and Other Strategies of Law and Literature* puede verse en Morawetz, Thomas. "Ethics and Style: The Lessons of Literature for Law (Book review) : Richard Weisberg. Poethics and other strategies of Law and Literature". New York: Columbia University Press, 1992. *Stanford Law Review*. Vol. 45 (1992-1993), págs 497-521. HeinOnline. Con respecto a la aportación de la obra de Weisberg en el context de otros autores dentro del movimiento ver Ward, Ian. "From Literature to Ethics: The Strategies and Ambitions of Law and Literature". *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 14 (1994), págs. 389-400.



---

## Sección 1: Presupuestos

---

### I. La Lección de Vichy

Weisberg dedicó una parte importante de su vida académica al estudio de un período de la historia de la Francia ocupada conocido como “Vichy” (1940- 1944),<sup>464</sup> analizando, con especial detenimiento, el comportamiento de la comunidad de juristas durante el mismo. Y ello porque, según Weisberg,<sup>465</sup> ha habido una tendencia a pensar en el desastre europeo de 1933-1945 en términos de la peor violencia física, sin que se haya analizado, suficientemente, el papel que tuvo el lenguaje en ese horror. El autor considera que esta es una cuestión pendiente que necesita abordarse con la mayor urgencia, y las enseñanzas que puedan derivarse de ella la principal lección que deben aprender los juristas de nuestro tiempo.

#### 1. La singularidad del caso francés.

Weisberg trata de destacar la idea de que no sólo los alemanes fueron los causantes del holocausto, de que las dimensiones que éste llegó a alcanzar no hubieran sido tales sin cierto tipo de colaboraciones como, por ejemplo, la de los juristas franceses. Defiende que los alemanes

---

<sup>464</sup> Ver, especialmente, Richard Weisberg, *Poethics*, op. Cit., págs. 127-175. Richard Weisberg, “three lessons from Law and Literature,” 27 Loyola (LA) Law Review 285 (1993), págs 293-299. Richard Weisberg, “The True Story: response to Five Essayists on *Poethics*,” 15 Cardozo Law Review 1239 (1994), págs. 1252-1261. Richard Weisberg “Nazis in the Courtroom: Lessons from the Conduct of Lawyers and Judges Under the reich and Vichy france”, 61 Brooklyn Law Review 1121 (1995). Richard weisberg “The Hermeneutic of Acceptance and the Discourse of the Grotesque, with a Classroom Exercise on Vichy Law, “ 17 Cardozo Law Review 1875 (1996). Richard Weisberg, “Confiscated Jewish Property in Vichy, France: “An Attempt to Understand Through Shakesperare, “ 20 Cardozo Law Review 591 (1998). Richard Weisberg , “The Risk of Adjudicating Vichy” 5 Roger Williams University Law Review 127 (1999). Richard Weisberg, “Fish Takes the Bait: Holocaust Denial and Post-Modern Theory,” 14 CSLL 131 (2002), revised from *Critical Quaterly* 19 (2001). Richard weisberg, “The Legal Speaker and Writer at the new Millennium, with an Application to Justice Souter,” in Robinson, ed., *Language and Law* (2003), págs 173-215. Richard Weisberg, “loose Professionalism, or Why Lawyers Take the Lead on Torture,” in S. Levison, ed., *Torture: A Collection* (NY: OUP, 2004), págs 299-307.

<sup>465</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. Cit ., pág. 143.

no hubieran podido parar a una población entera determinada a esconder a los judíos y señala cómo algunas comunidades aisladas que gozaban de menor autonomía que la Francia de Vichy opusieron en algunas ocasiones una resistencia efectiva que hizo desistir a los alemanes, simplemente, por su incapacidad física para identificar, arrestar y deportar a toda la población judía europea.<sup>466</sup> Es el caso, por ejemplo, de Bélgica<sup>467</sup> o un grupo, “The Danes”, quienes salvaron a 7.500 de sus 7.800 judíos enviándolos en pequeños barcos a Suecia.<sup>468</sup> Frente a todos aquellos que, como Serge Gavronsky,<sup>469</sup> trataron de defender el comportamiento de los franceses afirmando que Vichy salvó más vidas de las que sacrificó, o que proporcionalmente pocos judíos fueron deportados de Francia si se compara con lo ocurrido en otros países<sup>470</sup> Weisberg, aún reconociendo que este hecho es numéricamente cierto, singulariza lo sucedido en Francia, argumentando que, lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de juzgar y evaluar el comportamiento francés, no es tanto el número de víctimas, sino el grado de presión o coacción Nazi bajo el cual esas deportaciones fueron llevadas a cabo y, en este sentido, durante este período, Francia gozó de mayor autonomía política y jurídica que el resto de los países.<sup>471</sup>

En 1940 sólo ochenta de los casi seiscientos legisladores franceses rechazaron, desde bases constitucionales, conceder a Pétain, líder de Vichy, poderes casi de monarca. En una entrevista que el autor mantuvo con uno de estos ochenta, éste le expresó su convencimiento de que los

---

<sup>466</sup> Richard Weisberg, “The True Story”, *op. cit.*, pág. 1260 y nota 62 pág. 1255 en *Ibid*.

<sup>467</sup> Richard Weisberg, “The Risk of Adjudicating Vichy”, *op. cit.*, pág. 134.

<sup>468</sup> Richard Weisberg, “The True Story”, *op. cit.*, pág. 1260.

<sup>469</sup> Serge Gavronsky, Book Review, Poethics: And Other Strategies of Law and Literature, 15 *Cardozo Law Review*. 1127 (1994). El mismo argumento en defensa de los franceses es utilizado por Posner en su libro *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Cambridge: Harvard University Press, 1988, pág. 172.

<sup>470</sup> Richard Weisberg, “The true story,” *op. cit.*, págs. 1253-1254

<sup>471</sup> *Ibid*, pág. 1256.

alemanes no hubieran insistido en la política racial en Francia si los franceses se hubiesen negado.<sup>472</sup> La investigación particular que llevó a cabo Weisberg le condujo, como se verá, a la misma conclusión, esto es, a que la causa principal de los horrores que se produjeron en Francia durante ese período no fue tanto la presión Nazi, sino la práctica legal misma, que no supo plantar cara a esas políticas raciales.

## 2. El Dececho y la retórica jurídica en la Francia de Vichy

La derrotada tercera república concedió, pues, todos los poderes legislativos al gobierno de Pétain. A pesar de la independencia o progresiva autonomía de Francia tras la ocupación alemana de 1940 y de que muchos funcionarios de carrera tuvieran asegurados sus puestos a través de un conjunto de acuerdos con los alemanes<sup>473</sup>, Weisberg comprobó, sin embargo, que en 1940 se inició en Francia una legislación racial con enorme celo<sup>474</sup> que fue más allá, incluso, de los precedentes legales alemanes en esta materia<sup>475</sup> y que originó una política de detenciones, incluso, antes de que los propios alemanes insistieran en ella.<sup>476</sup> Entre la documentación que el autor aporta en apoyo de esta afirmación, Weisberg menciona, por ejemplo, el hecho de que la primera ordenanza alemana (previa a la legislación de Vichy), en la que se contenía la definición de judío, fue remplazada por dos posteriores que repetían el

---

<sup>472</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, pág. 167.

<sup>473</sup> Richard Weisberg, "The risks of Adjudicating Vichy," *op. cit.*, pág. 128.

<sup>474</sup> Richard Weisberg, "Thre Lessons from Law and Literature," *op. cit.*, pág. 292. "The True story", *op. cit.*, pág. 1253.

<sup>475</sup> Richard Weisberg, "The true story", *op. cit.*, pág. 1256. "The Risk of Adjudicating Vichy", *op. cit.*, pág. 128. Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, pág. 137.

<sup>476</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, págs. 152 y 161.

contenido de las ya existentes leyes de Vichy, que resultaban, a este respecto, más inclusivas.<sup>477</sup>

Por tanto, la escasa oposición que encontraron los alemanes a su terrible proyecto en Francia durante este período, no fue resultado de la violencia, presión o coacción nazi. Ante la pregunta que se hizo Weisberg de cómo y por qué, entonces, al menos 75.000 hombres, mujeres y niños judíos fueron enviados de suelo francés a los campos de concentración,<sup>478</sup> llegó a la conclusión, en primer lugar, de que el Derecho, unas normas raciales promulgadas a partir de 1940 bajo el gobierno de Pétain<sup>479</sup> tuvieron mucho que ver. Pero también, fue consciente de que esas mismas leyes no hubieran tenido tan terribles consecuencias sin la necesaria colaboración de la comunidad de juristas.<sup>480</sup> Desde su punto de vista, la tinta inanimada de éstas no es suficiente para explicar tan terribles resultados, por lo que su interés y estudio se centró, fundamentalmente, en el análisis de la retórica jurídica que se originó en torno a estas leyes<sup>481</sup> y no tanto en su contenido. Aunque Francia se singularizó por el hecho de que estas leyes raciales surgieron con escasa presión por parte de Alemania y fueron más allá de los propios

---

<sup>477</sup> Ver notas 74, 75 y 76, en Richard Weisberg, *Poethics, op. cit.*, pág. 282. En ellas se hace referencia a documentos que apoyan esta afirmación, como lo que escribe SS Oberstümführer Dannecker en un memorándum el 1 de julio de 1942 que considera el estatuto de 2 de junio y compara las definiciones francesas y alemanas de judío, señalando al respecto que la definición francesa, al ser más amplia, serviría como base en todos los casos dudosos, o la carta que escribió el abogado Pierre Laval pidiendo a los alemanes que deportaran a los niños menores de dieciséis años con sus padres.

<sup>478</sup> Richard Weisberg, "The True Story", *op. cit.*, pág. 1260.

<sup>479</sup> La Ley de 2 de junio de 1941 fue firmada por Barthelemy, segundo ministro de justicia del gobierno de Vichy y profesor de Derecho Constitucional. Esta ley era más dura y severa que la anterior de 1940 firmada por el primer ministro de justicia, Aliert, un verdadero antisemita pero también anti alemán. Ver en Richard Weisberg, "The Risk of Adjudicating Vichy", *op. cit.*, pág. 128. Sobre la figura de Barthelemy ver Richard Weisberg, *Vichy Law and the Holocaust in France, op.cit.*, págs. 113-158.

<sup>480</sup> Richard Weisberg, "The True Story", *op. cit.*, pág. 1260.

<sup>481</sup> En Richard Weisberg, *Vichy and the Holocaust in France, op. cit.*, se recogen, con detalle, Los documentos sobre los que el autor investiga y que hacen referencia tanto a abogados públicos como privados: aquellos que tratan sobre la propiedad págs. 196-291; otra fuente de archivos son los documentos de la *private Bar* págs. 293-354; y por último los escritos académicos durante este período pág. 37- 112.

precedentes germanos en la materia, Weisberg señala que otros países, como Bélgica e Italia, contaron también con leyes de este tipo y, sin embargo, no se aplicaron de la misma forma.<sup>482</sup>

Con la intención de facilitar la comprensión de las conclusiones a las que llegó el autor respecto al cómo y al por qué del comportamiento y la retórica utilizada por estos juristas durante este período, se mostrarán primero algunos aspectos representativos del minucioso estudio que llevó a cabo sobre estas cuestiones y, en concreto, se hará referencia a su análisis sobre el debate jurídico al que se entregaron estos abogados franceses con ocasión de dos de estas leyes: la ley de 2 de junio de 1941,<sup>483</sup> conocida como el “*Statut des juifs*”, una ley firmada por Barthelemy y más dura que la anterior de 1940<sup>484</sup> y el decreto, previo a las leyes raciales, de 26 de septiembre de 1939.<sup>485</sup> La ley de dos de junio fue establecida para restringir o eliminar la propiedad judía, así como la participación de los judíos en muchas profesiones y en el comercio.<sup>486</sup> Lo primero que llamó la atención del autor al comienzo de su análisis fue que la definición de judío que se contemplaba al principio de esta ley resultaba contradictoria y chocaba, frontalmente, con la larga tradición francesa, al menos teórica y constitucional, de igualdad ante la ley y de tradición religiosa.<sup>487</sup> Sin embargo, los juristas del momento, y este es el punto clave de su crítica, en ningún momento pusieron en tela de juicio este hecho,<sup>488</sup> sino que se entregaron, con enorme dedicación, a un debate legal sobre

---

<sup>482</sup> *Ibid*, pág. 387.

<sup>483</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., págs. 146-157. *Vichy Law and the Holocaust in France*, op. cit., págs. 58-81.

<sup>484</sup> *Ibid*, págs. 37-58.

<sup>485</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., págs. 148-166. Richard Weisberg, *Vichy Law and the Holocaust in France*, op. cit., págs. 241-292.

<sup>486</sup> La ley más tarde se complementaría con casi doscientas leyes, ordenanzas y decretos.

<sup>487</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., págs. 147.

<sup>488</sup> Richard Weisberg, “Three Lessons from Law and Literature”, op. cit., pág. 292.

algunos de los aspectos de la ley en los que ésta no era clara.<sup>489</sup> Uno de ellos se refería, por ejemplo, a la incertidumbre que se desprendía de la redacción del texto sobre la carga de la prueba a la hora de demostrar la pertenencia o no de un individuo a la raza judía, si ésta recaía en el Estado o en el propio individuo<sup>490</sup>. Otra ambigüedad que el texto legal planteaba era qué sucedía en el caso de que una persona tuviera sólo dos abuelos judíos, ya que de éste se desprendía claramente que aquél que tuviera tres o más abuelos judíos era irrefutablemente judío. Los abogados franceses, tanto privados como los del gobierno, debatieron sobre este tipo de aspectos legales sin, salvo alguna excepción<sup>491</sup>, atacar frontalmente la propia ley, sin que en ningún momento se cuestionara su legitimidad.<sup>492</sup> La definición de judío de Vichy y la lógica miope con la que, a juicio de Weisberg, se interpretaron estas leyes por parte de la comunidad jurídica francesa, condujeron a que se incluyera dentro de la definición de judío a personas que, incluso, las leyes nazis habían excluido.<sup>493</sup>

Y lo mismo pudo apreciar con respecto al decreto del 26 de septiembre de 1939 al que antes se hacía mención. Éste, promulgado con carácter previo a las leyes raciales de Vichy, señalaba que cualquier arrendatario que hubiera sido movilizadado para la guerra podría beneficiarse de un 75% de reducción de la renta durante el período de

---

<sup>489</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., pág. 137.

<sup>490</sup> Este asunto se trata en profundidad en Richard Weisberg, *Vichy Law and the Holocaust in France*, op. cit., págs. 162-178.

<sup>491</sup> Weisberg cita como excepción al profesor Jacques Maury de la Facultad de Derecho de Toulouse en Richard Weisberg, "Three Lessons of Law and Literature", op. cit., pág. 294 y a Léon Blum, nota 94 en Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., pág. 284 y Richard Weisberg, *Vichy Law and the Holocaust in France*, op. cit., págs. 6-36.

<sup>492</sup> Richard Weisberg, "Three Lessons of Law and literatura", op. cit., pág. 295.

<sup>493</sup> Richard Weisberg, "The Risk of Adjudicating vichy", op. cit., pág. 129. En Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., pág. 155 Weisberg llama la atención sobre las importantes consecuencias que tenía el certificado de no pertenencia a la raza judía. El debate sobre el significado de ese artículo de la ley de 2 de junio decidía si un individuo recibía ese certificado, el cual suponía la liberación de las tremendas restricciones impuestas a los judíos, la posibilidad de mantener el negocio y la propiedad y, finalmente, evitar la deportación.

servicio militar. Además, permitía esta reducción después, incluso, de la movilización, si se encontraba en dificultades económicas o de otro tipo a causa de la guerra.<sup>494</sup> La cuestión sobre la que principalmente dilucidaban docenas de abogados y jueces era, pues, acerca de si los judíos afectados por la ley de 2 de junio de 1941 se podían beneficiar de la reducción de renta prescrita por el decreto de 1939, y por tanto, si el desempleo, detención y deportación constituían una circunstancia de guerra o se trataban de actos de Estado al margen de la misma.<sup>495</sup>

Weisberg verificó que aunque algunos tribunales<sup>496</sup> permitieron algunas reducciones de renta a arrendatarios judíos, esto no hizo más que aumentar su confusión y desprotección. Y ello porque, como señala Weisberg, se utilizó por parte de los jueces y abogados ese mismo discurso legal, aparentemente benigno, pero que elige trabajar con las leyes raciales más que desafiarlas, con el resultado de que la misma lógica que era utilizada por los abogados para salvar a uno de sus clientes, sin embargo, condenaba a otros,<sup>497</sup> aumentando con ello la situación de incertidumbre y sufrimiento de una comunidad judía desesperada por ayuda, consuelo y algún signo de resistencia por parte del Estado francés.<sup>498</sup> Weisberg se encontró, por tanto, con un cuerpo de retórica legal que pretendiendo, aparentemente, ser favorable a los judíos, contribuyó, sin embargo, de manera sustancial al terror. Al no haber

---

<sup>494</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit. pág. 158.

<sup>495</sup> El decreto de 1939 no especificaba nada acerca de los judíos. Muchos arrendadores se enfrentaron con arrendatarios judíos incapaces de pagar su renta. Los abogados de los arrendadores y los arrendatarios judíos tenían que utilizar sus habilidades para armonizar estas normas a favor de sus clientes. Ver en *Ibid*, pág 159-166.

<sup>496</sup> El autor estudió principalmente los juzgados de paz de los distritos 20 y 11 de París al ser los que más casos decidieron sobre este punto. Muestra como ejemplo de la forma en que decidían estos tribunales los casos *Bankhelet* de 12 de diciembre de 1942; *Baraban* de 30 de julio de 1942; *Lerman* de 19 de junio de 1941. Ver en *Ibid*, notas 99, 100 y 102, pág. 285.

<sup>497</sup> Richard Weisberg, "Three Lessons of Law and Literature", op. cit., pág. 299.

<sup>498</sup> Aunque los distritos 11 y 20 encontraron fórmulas de conceder alivio a algunos judíos, su diferente retórica creó confusión entre las familias de muchos otros judíos que necesitarían más tarde recurrir a los tribunales. Como lo demuestran los casos *Krouck* en febrero den 1943 y el caso *Eisenberg* de marzo de ese mismo año. Ver en Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., pág.162.

desafiado el plan legislativo racial de una forma más global, al no haberlo cuestionado frontalmente, lo que hizo, en opinión del autor, fue legitimarlo.<sup>499</sup> Utilizaron una lógica profesional rigurosa que sería admirable, según Weisberg, si no fuera tan trágico el contexto.<sup>500</sup> Pusieron en práctica las leyes de Vichy como si se tratara de una nueva legislación sobre puentes y carreteras. Los abogados privados y los notarios se beneficiaron, además, ampliamente, de esa red de nuevas leyes, que presentaban nuevas cuestiones que más tarde serían analizadas por profesores de Derecho en sus manuales.<sup>501</sup> Todos ellos, por tanto, aceptaron, autentificaron y, de hecho, crearon, según el autor, los textos raciales, al adaptarlos, sin ser cuestionados, a su práctica.<sup>502</sup>

En su intento por conocer qué tipo de personas eran estos abogados y cómo actuaron, Weisberg estudió algunos casos concretos. Por ejemplo, al abogado Joseph Haenning,<sup>503</sup> un prestigioso jurista parisino que usó su talento y conocimientos, no para desafiar las leyes, sino para que fueran más humanamente interpretadas. Esto, que puede parecer encomiable y que así fue interpretado no es, para Weisberg, más que el ejemplo de una retórica que, al no ser capaz de oponerse frontalmente a una superestructura legal que el propio Haenning sabía que estaba enviando a miles de franceses a los campos de concentración, trabaja al servicio de la misma. Es este abogado representativo, pues, de ese carácter evasivo y no suficientemente comprometido que marcó, en opinión del autor, la cultura y las principales instituciones de Francia en ese período.

---

<sup>499</sup> *Ibid*, pág. 166.

<sup>500</sup> Richard Weisberg, *Vichy Law and the Holocaust in France*, *op. cit.*, pág. 4.

<sup>501</sup> Richard Weisberg, "The Risk of Adjudicating Vichy", *op. cit.*, pág. 134.

<sup>502</sup> Richard Weisberg, "Three Lessons of Law and Literature", *op. cit.*, pág. 299.

<sup>503</sup> Richard Weisberg, *The Failure of the World*, *op. cit.*, págs. 1 y 7. *Poethics*, *op. cit.*, págs. 138-140.



Con el juicio de otro abogado, Maurice Papon, tras el que fue declarado culpable de crímenes contra la humanidad el dos de abril de 1998 en Burdeos,<sup>504</sup> se reveló al público francés, más de cincuenta años después de los hechos, lo que muchos, según el autor, en la época de la posguerra no se preocuparon en saber y que, para Weisberg, es el punto clave y la causa principal de lo ocurrido en Francia: el día a día del comportamiento profesional de la comunidad de juristas que condujo a la deportación a miles de judíos.<sup>505</sup> Aunque no fue el primer juicio sobre crímenes de guerra en suelo francés, sin embargo, desde el punto de vista del autor, fue el más emblemático y revelador de lo que verdaderamente sucedió en Francia, de la participación de hombres y mujeres ordinarios franceses en la persecución de judíos. Papon no era, al igual que Haenning, y la mayoría de los abogados un extremista antisemita, ni un frío torturador como otros condenados anteriormente, por lo que sus prácticas poco tenían que ver con un ánimo virulento hacia los judíos. El, como relata Weisberg, al igual que la mayoría, simplemente asumió las leyes, trabajó cómodamente con ellas, sin pensar en la naturaleza podrida de su estructura, interpretándolas imparcial y fervientemente, elucubrando y discutiendo, sin considerar el odioso marco en el que estas dudas legales surgían.<sup>506</sup> Su formación no les hizo percibir o articular la separación que mediaba entre sus trabajos y su tradición.

Weisberg trata de demostrar, por tanto, que el discurso jurídico de Vichy resultó una actividad que acabó superando las demandas raciales de los alemanes y ello, como se ha visto, por no haber opuesto una resistencia organizada y sustentada sobre la base de sus propios principios constitucionales. Pero sus investigaciones le llevaron a concluir, además, que la actitud de los juristas franceses que se ha descrito en líneas anteriores, no se debió, como defiende Posner, a que sus vidas hubiesen

---

<sup>504</sup> Richard Weisberg, "The Risks of Adjudicating Vichy", *op. cit.*, pág. 127.

<sup>505</sup> *Ibid.*, pág. 129.

<sup>506</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, *op cit.*, pág. 140.

corrido peligro en caso de haber actuado de otra manera.<sup>507</sup> Weisberg mantiene que sí podrían haber defendido una alianza con el texto constitucional francés y con la tradición, ya que pudo comprobar que aquellos pocos que lo hicieron, como un abogado llamado Maury, no fueron sancionados profesionalmente ni encarcelados.<sup>508</sup> Con respecto al polémico asunto de si los abogados sabían o no el verdadero y terrible destino de los judíos, Weisberg señala que lo que desde luego sí sabían era que los arrendatarios judíos estaban desapareciendo y no pagaban la renta, que los arrendadores interponían demandas de desahucio y nadie sabía del paradero de sus destinatarios. Conocían que sus colegas de profesión estaban desapareciendo.<sup>509</sup> Todos, o bien habían oído rumores espantosos, o habían cerrado sus oídos a ellos. Sabían y habían comentado la ley de 4 de octubre de 1940 por la cual se crearon campos de concentración para judíos desplazados en suelo francés.<sup>510</sup>

### 3. Diagnóstico

Como se ha visto, Weisberg señala directamente a la amplia comunidad de juristas y no sólo a las leyes raciales como los principales responsables de la definición, identificación, arresto y muerte de miles de judíos en territorio francés durante la segunda guerra mundial. Y ello no porque actuaran contra los judíos movidos por un antisemitismo,<sup>511</sup> sino porque utilizaron un tipo de retórica profesional, institucionalmente

---

<sup>507</sup> Posner defiende al abogado Haenning frente a la crítica que Weisberg hace de su actitud y sus escritos. Ver en Richard Weisberg, "Law and Literature", *op. cit.*, págs. 173-174.

<sup>508</sup> Richard Weisberg, "Three Lessons of Law and Literature", *op. cit.*, pág. 294.

<sup>509</sup> En Richard Weisberg, "The True story", *op. cit.*, pág. 1257-1258 el autor critica la insensibilidad hacia el destino de sus colegas judíos con que llevaron a cabo su trabajo los abogados franceses. Este tema lo trata con mayor detenimiento en *Vichy and the Holocaust in France*, *op. cit.*, págs 82-100 y 293-300.

<sup>510</sup> Richard Weisberg, "The true Story", *op. cit.*, pág. 1261.

<sup>511</sup> Weisberg defiende que la mayoría de los actores legales que engrasaron la máquina del antisemitismo estatal francés en Vichy no eran ni antisemitas ni pro Hitler. Ver en Richard Weisberg, "THE Risks of Adjudicating Vichy", *op. cit.*, pág. 130 y Richard Weisberg, "Three Lessons of Law and Literature" *op. cit.* Pág. 294.

aceptada, que ayudó a hacer vivas esas leyes, favoreciendo su aplicación.<sup>512</sup>

Una retórica que no nace, como se ha dicho, de la coacción ejercida por los nazis,<sup>513</sup> pero tampoco, en opinión de Weisberg, de otra de las teorías más utilizadas y también exculpatorias de la actuación de la comunidad de juristas, la tesis positivista. Según ésta, los juristas, comprometidos a obedecer las leyes promulgadas, no tendrían más elección que seguir las leyes que tenían ante ellos. De esta forma, una vez las leyes promulgadas, el trabajo de los tribunales y comentaristas es interpretar y analizar el Derecho existente de acuerdo con normas de comprensión objetivas e incluso científicas, evitando, de forma rigurosa, cualquier afirmación crítica personal, manteniendo así una posición pragmática y de neutralidad ante la ley. Si los abogados de Vichy fueron positivistas, su comportamiento quedaría excusado, condenándose, únicamente, al propio positivismo.<sup>514</sup> Weisberg, frente a estas tesis positivistas afirma, sin embargo, la posibilidad de la opción de las comunidades de juristas de haber rechazado las leyes y haberlas interpretado sobre altos niveles de generalización. Señala el ejemplo de Italia y Bélgica. Ellos lo hicieron y Francia, única entre sus vecinos en la autonomía de sus instituciones con respecto al control nazi, pudo también haberlo hecho.<sup>515</sup>

Gran culpa de lo que ocurrió en Francia, en el diagnóstico de Weisberg, la tuvo la utilización por los juristas de lo que él denomina como la hermenéutica de Vichy:<sup>516</sup> Los abogados franceses interpretaron los principios constitucionales en los que fueron formados de una manera muy flexible y, al mismo tiempo, llevaron a las nuevas leyes, como se ha

---

<sup>512</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., pág. 146.

<sup>513</sup> Richard Weisberg, *Vichy Law and the Holocaust in France*, op., cit, pág. 390.

<sup>514</sup> *Ibid*, págs. 393-401.

<sup>515</sup> *Ibid*, pág. 398.

<sup>516</sup> *Ibid*, pág. 387.

descrito anteriormente, una precisión técnica rigurosa que les inhibía de hacer argumentos jurídicos que hubieran posibilitado la extensión de su protección a miles de personas. Pusieron sus habilidades y la elocuencia de la lógica a la tarea de interpretar la legislación racial del momento,<sup>517</sup> trabajando caso por caso.<sup>518</sup> Esta hermenéutica permitió, según el autor, la coexistencia de unas tradiciones igualitarias, todavía con fuerza a través de la Constitución de 1875, con normas de exclusión de una dureza excepcional frente a un grupo definido por características de índole privado.<sup>519</sup> Una hermenéutica que, como Weisberg señala, fue capaz de “esculpir de la historia de la igualdad una porción, sin acabar con la historia misma”.<sup>520</sup>

Fue este enfoque dual único francés, de un constitucionalismo exclusionista y una lógica literalista, lo que, en opinión del autor, trabajó fatalmente para hacer un daño mayor a la población judía del requerido por la letra del Derecho positivo de Vichy.<sup>521</sup> Weisberg señala que una cercana analogía en el siglo XX a los métodos de lectura empleados por estos abogados puede encontrarse en la escuela de influencia francesa de la deconstrucción.<sup>522</sup> La doble hermenéutica empleada en Vichy reinterpretó, en opinión de Weisberg, las grandes historias fundacionales del Derecho constitucional francés, mostrando su capacidad para deconstruir textos aceptados desde hace mucho tiempo y usarlos para el propósito que se percibió en ese momento. Una forma de proceder, por tanto, no muy diferente a las estrategias de lectura posmodernas.

---

<sup>517</sup> *Ibid*, pág. 389.

<sup>518</sup> *Ibid*.

<sup>519</sup> *Ibid*, págs. 394-402.

<sup>520</sup> *Ibid*, pág. 403.

<sup>521</sup> *Ibid*, pág. 402.

<sup>522</sup> *Ibid*, pág. 388.

## 4. Causas

¿Por qué no surgieron más juristas como Maury que, como se ha mencionado anteriormente, rechazó las leyes raciales denunciando su anticonstitucionalidad? Si esto hubiera sido posible, como se ha visto que defiende Weisber ¿Por qué utilizaron entonces la retórica que se ha descrito? El autor considera que la pregunta es importante y no sólo porque no ha sido adecuadamente respondida, sino porque de su contestación se pueden extraer importantes lecciones para los americanos.<sup>523</sup>

Para el autor, la Francia de Vichy simboliza, dramáticamente, la agonía de una cultura que desde un siglo antes de los terribles sucesos estaba mostrando la mentalidad del Holocausto.<sup>524</sup> Por esta razón, para entender realmente lo que ocurrió en Vichy y para que algo así no vuelva a suceder (dos puntos básicos de su proyecto de “Derecho y literatura”) no se puede prescindir, en opinión del autor, de un conjunto de obras de la literatura donde los escritores denuncian el estado de esta cultura y que resultan premonitorias del desastre. Según Weisberg, el novelista moderno intuyó el desastre e intentó transmitir a sus lectores que no todo estaba bien con los valores tradicionales europeos. Ningún escritor pudo imaginar los horrores que vendrían, pero la desorientación descrita por estas historias profetizó la angustia final de una cultura que se estaba descomponiendo. Para los estudios literarios, el período del holocausto en Europa comienza, por tanto, un siglo antes de Hitler.<sup>525</sup>

---

<sup>523</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., pág. 127. El autor señala varios estudios que, en los años ochenta examinaron las respuestas del Derecho y la literatura francesa al período de ocupación de la segunda guerra mundial y de los que no emerge ninguna institución francesa desde una luz muy positiva: Michael R. Marrus and Robert O. Paxton, *Vichy France and the Jews* (New York: Basic Books, 1981); Herbert R. Lottman, *The Left Bank* (Boston and New York: Houghton Mifflin, 1982). Ver nota, 1, en Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., pág. 272.

<sup>524</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., pág. 129.

<sup>525</sup> *Ibid*, pág. 130.

En este sentido, la deprimente respuesta de la cultura francesa al genocidio nazi en la segunda guerra mundial, trae a la mente de Weisberg las obras de Gogol y Kafka.<sup>526</sup> Una nación entera siguió con sus asuntos ignorando la verdadera y terrible realidad.<sup>527</sup> En la obra de Nikolai Gogol, *La nariz*, un barbero y su mujer ante la circunstancia de encontrarse una nariz en su pan, comienzan a preguntarse por su familiaridad, sin reconocer, ni preguntarse, por el significado de aquello. Es especialmente significativa la actitud de la mujer, quien no quiere tener la nariz en la cocina simplemente por un banal sentido del orden.<sup>528</sup> Los abogados franceses, en opinión de Weisberg, confrontados con las nuevas normas antijudías, se centraron en detalles secundarios, desconsiderando la terrible realidad. Y lo mismo sucedería en la novela *El Proceso* de Kafka, donde se muestra, también, esa incapacidad del protagonista para captar las cuestiones fundamentales.<sup>529</sup> Weisberg señala cómo en estas obras las lecturas o interpretaciones equivocadas de la realidad de sus personajes amenazan con convertirse en las nuestras. Somos nosotros quienes podemos observar la cara sin nariz y encontrarla aceptable, o dedicar nuestra atención a objetos secundarios y malgastar nuestra vida en detalles sin importancia. Todo mientras, como Kafka da a entender en muchas de sus historias, la realidad o los asuntos fundamentales están ahí.<sup>530</sup> El autor considera que el fenómeno de evitar lo esencial estaba tan extendido en la cultura europea que es más este fenómeno, que la instigación de líderes malos, lo que explica el holocausto. Al igual que los personajes de estas obras, la linterna de la formación profesional de los

---

<sup>526</sup> *Ibid*, págs. 129-143.

<sup>527</sup> *Ibid*, pág. 136.

<sup>528</sup> *Ibid*, pág. 130-134

<sup>529</sup> Weisberg se refiere al pasaje de la obra en el que el protagonista, ante el altar de la oscura catedral, se centra en la figura del soldado, cuando el verdadero tema del altar es el entierro de Cristo. Ver en *Ibid*, pág. 135.

<sup>530</sup> *Ibid*, pág. 136.

abogados de Vichy les condujo a iluminar sólo la esquina de un enorme fenómeno y no tener en cuenta, o perderse, su significado fundamental.<sup>531</sup>

Un conjunto de textos literarios entre 1862 y 1956, premonitorios del desastre muestran, a su vez, en la interpretación que el autor hace de ellos, el estado de una cultura caracterizada por la escisión de la ética y el lenguaje<sup>532</sup> y en la que las personas carecen de un conjunto de valores con los que conducir su vida y que les sirvan de ayuda a la hora de afrontar sus responsabilidades.<sup>533</sup> Los personajes de estas obras personifican, para Weisberg, la caída del heroísmo y la cristiandad, lo cual da lugar, en su visión, a un legalismo formalista y una intelectualidad farragosa, pasiva y articulada que ha persuadido a muchos, al ver en ella una filosofía digna de emulación, la cual, sin embargo, para el autor, muchas veces sólo esconde un profundo resentimiento y nada más. Se trata de obras que expresan y critican la pasividad resentida, el sentimentalismo y las fórmulas intelectuales que se instalaron en la cultura intelectual europea (literaria, legal y religiosa), las cuales, según Weisberg, eran inhibitorias de todo impulso hacia una resistencia activa y efectiva contra la fuerza bárbara.<sup>534</sup>

## 5. La actualidad de Vichy

Weisberg considera entonces, como una tarea fundamental de los juristas de nuestro tiempo, tratar de conjurar el riesgo que para el Derecho americano representa el ejemplo francés de desconsideración y distorsión de las creencias básicas constitucionales que ambas naciones

---

<sup>531</sup> *Ibid*, pág. 140.

<sup>532</sup> Richard Weisberg, *The Failure of the Word*, *op. cit.*, pág. 14.

<sup>533</sup> *Ibid*, pág. 24.

<sup>534</sup> *Ibid*, pág. 114. El autor se refiere a obras de Dostoievski como *Apuntes de subsuelo*, *los hermanos Karamazov* y *Crimen y Castigo*, de Flaubert como *La educación sentimental* o *Salambó*, de Camus como *El extranjero* y *La caída* y *Billy Budd* de Melville.

comparten.<sup>535</sup> Es una lección que debe ser aprendida porque esos principios constitucionales por los que los americanos se sienten protegidos, existían también en Francia, pero sucumbieron, como se ha visto que Weisberg trata de demostrar, por la tolerancia de la comunidad hacia líneas más estrechas de discurso que evitaban cuestionar el desafío que a esos principios fundamentales representaba la nueva legislación racial, por el uso de una retórica rigurosa y de una lógica impecable pero que carecía de límites, por un lenguaje formalista alejado de la dolorosa realidad, por un discurso racionalizador que prescindió de la emoción y que tuvo como consecuencia el enorme sufrimiento de los judíos afincados en suelo francés, siendo miles de ellos enviados a campos de exterminio.

### 5.1. Formación ética

Por estas razones, para Weisberg, no puede eludirse, ahora más que nunca, la formación, el conocimiento y la comprensión que proporcionan determinadas obras de la literatura. Y ello porque el autor ve en el estudio de estos textos un procedimiento especialmente idóneo para suplir esa falta de valores<sup>536</sup> y proporcionar la formación ética necesaria para que un fenómeno como el del período de Vichy no vuelva a repetirse. Según el autor, no podemos por más tiempo considerar el holocausto como algo simplemente alemán, o como un fenómeno sólo económico, ni fijarnos sólo en las víctimas. Weisberg estima pertinente y necesario traer ahora al centro de la escena a aquellos que disociaron la cultura de la ética y un conjunto de obras literarias del siglo XIX y mitad del siglo XX son especialmente expresivas de ello, de una retórica brillante pero alejada de toda ética.<sup>537</sup> El autor propone entonces una lectura adecuada de aquéllas de forma que se comprendan las desafortunadas consecuencias de este fenómeno. En todas ellas puede comprobarse cómo esos valores son

---

<sup>535</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., pág. 127.

<sup>536</sup> Richard Weisberg, *The Failure of the World*, op. cit., pág. 24.

<sup>537</sup> *Ibid*, pág. 14



sustituidos por una retórica brillante y una actitud pasiva y resentida. Ésta llegaría a su máxima expresión en el personaje de Camus en *La caída*, Clamence. Éste representa, para el autor, a cada una de esas personas que no sólo no actúan cuando deben, sino que no aprenden de ello. Weisberg considera que, de alguna manera, seguimos persuadidos por la filosofía nihilista de este personaje. El estudio de estas obras, desde la perspectiva que el autor propone, sería importante para librarnos de estos Clamences, para saber qué se esconde detrás de esos discursos y a lo que conducen.<sup>538</sup> Si no admitimos, dice Weisberg,<sup>539</sup> que algunas normas han emergido de esos hechos acontecidos en Europa, y que, por tanto, deben actuar de guía ética en la formación, retórica y crítica del Derecho, entonces estamos condenados a repetirlos.

## 5.2. Implicaciones teóricas y profesionales

Weisberg saca también algunas conclusiones teóricas así como acerca de la actuación profesional de los abogados. En este sentido, señala que los abogados franceses no tuvieron en cuenta las normas constitucionales, no sólo, como se ha visto, porque existiera un ambiente cultural que animara a ello, sino porque la práctica profesional del momento permitía evitar el texto y animaba a una flexibilidad interpretativa, pragmática, como una forma de hermenéutica profesional. Los juristas de Vichy no se sintieron limitados por los textos constitutivos de su tradición ya que su cultura profesional les daba poder para evitarlos cuando otras preocupaciones habían entrado en competición. Si hubieran sido formados para ver los textos, reconociendo su existencia independientemente de ellos mismos, hubieran insistido en la primacía de los mismos sobre sus propias necesidades e impulsos.<sup>540</sup>

---

<sup>538</sup> *Ibid* pág. 114.

<sup>539</sup> Richard Weisberg, "Fish Takes the Bait: Holocaust Denial and Post-Modern Theory", *op. cit.*, pág. 138.

<sup>540</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, pág. 137.

Lo sucedido en Francia enseña, en la visión del autor, que la práctica no limitada normativamente por la noción de texto, es sólo tan buena como los valores de sus más articulados prácticos. El comportamiento de los abogados interpretando esas normas raciales sin tener en cuenta las nociones de libertad y de igualdad de su tradición textual, ejemplifica, en opinión del autor, el riesgo de que las comunidades profesionales apliquen teorías interpretativas que privilegien la comunidad, la situación, sobre los propios principios.<sup>541</sup> Weisberg interpreta el abandono de los principios textuales que se llevó a cabo en la Francia de Vichy a favor de las necesidades de la comunidad interpretativa de juristas, como el resultado de una postura teórica de negación del texto. Por ello considera las nuevas teorías posmodernas de interpretación, como la de Fish,<sup>542</sup> del todo inoportunas,<sup>543</sup> y advierte del peligro de que éstas prevalezcan y creen una atmósfera en la práctica que tiene el riesgo de repetir la experiencia de Vichy.<sup>544</sup> Y es que Fish, aunque admite que los profesionales del Derecho pueden tender a actuar de una manera consecuente considera, sin embargo, que no debe formularse esa coherencia en un principio que pueda regir acciones futuras.<sup>545</sup> El problema que localiza Weisberg entre los abogados franceses durante el holocausto es, precisamente, que no fueron capaces de encontrar una forma de trabajar sobre los axiomas del igualitarismo en los que habían

---

<sup>541</sup> *Ibid*, 175.

<sup>542</sup> Ver Stanley Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press, 1989, especialmente págs. 141 y ss y Stanley Fish, *Is there a Text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge: Harvard University Press, 1995.

<sup>543</sup> Weisberg critica también a De Man por teorizar y privilegiar lo que Weisberg denomina como uno de los presupuestos culturales que influyeron en la actitud de los abogados de Vichy: el de evitar las realidades fundamentales. Ver en "Fish Takes the Bait: Holocaust Denial and Post-Modern Theory," *op. cit.*, pág. 133.

<sup>544</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, pág. 167.

<sup>545</sup> Richard Weisberg, "Fish Takes the Bait: Holocaust Denial and Post-Modern Theory", *op. cit.*, pág. 133 y Richard Weisberg, "Tex tinto Theory: A Literary Approach to the Constitution," 20 *Georgia L.Rev.* 939 (1986), págs. 939-943.

sido formados. Según Weisberg,<sup>546</sup> se comportaron como seguidores de Fish, creando significados a medida que las situaciones lo requerían, no siendo conscientes de los valores que tenían dentro, incluso de los valores profesionales igualitarios que deberían haberles frenado a la hora de adoptar un conjunto de normas que finalmente deportó a miles de judíos. Vichy enseña, entonces, además, la necesidad de que los abogados adquieran la habilidad de evaluar sus conductas -incluso o, especialmente, en momentos de crisis- frente a los ideales profesionales que han interiorizado. Sería preciso que los grupos profesionales insistan en una cuestión que Fish considera imposible: el autoexamen durante el trabajo profesional de cada día, siempre que la “intuición formada” del profesional perciba que algo malo está ocurriendo. Sin este mecanismo que la teoría de Fish descarta, las comunidades futuras de abogados repetirán, según Weisberg, el error de Vichy y ello por su “incapacidad de apelar a las mejores tradiciones del grupo y resistir el mal”.<sup>547</sup>

Al discurso jurídico profesional que se desliza peligrosamente hacia lo que se sabe que está mal Weisberg lo denomina “*Loose professionalism*”.<sup>548</sup> Este es un término que el autor aplica al comportamiento de los abogados franceses de Vichy pero también al de alguno de los abogados en la actualidad. Se refiere a la actitud que percibe en algunos abogados norteamericanos, por otra parte americanos decentes, a justificar lo que ha sido considerado como una práctica inconcebible, la tortura.<sup>549</sup> Como hicieron los abogados de Vichy con las leyes raciales, estudian todos los detalles de la tortura, buscan una posición neutral, las ambigüedades y las lagunas jurídicas, en definitiva, confinan la tortura a un espectro de definiciones, de procedimientos aceptables e inaceptables, y ello a pesar de que esta práctica viola todas

---

<sup>546</sup> Richard Weisberg, “Fish takes the Bait: Holocausto Denial and Post-Modern Theory” *op.cit.*, pág. 138.

<sup>547</sup> *Ibid*, pág. 135.

<sup>548</sup> Richard Weisberg, “Loose Professionalism or why Lawyers take the Lead on Torture”, *op. cit.*

<sup>549</sup> *Ibid*, pág. 300.

las tradiciones norteamericanas.<sup>550</sup> El autor señala que, en este sentido, puede afirmarse que estos abogados llegan a exceder el ejemplo de Vichy en tres aspectos. En primer lugar, carecen por completo, a diferencia de los de Vichy, de la percepción o posibilidad de cualquier riesgo personal o profesional en caso de hacer una protesta frontal. En segundo lugar, mientras que los abogados franceses con su comportamiento lograron aumentar la oportunidad de éxito de las leyes raciales, los apologistas de la tortura pueden, de hecho, crear la práctica. En tercer lugar, los *loose professionals* de hoy tienen la segunda guerra mundial y sus lecciones delante de ellos. Los abogados franceses escribieron esa historia desafortunada. Las comunidades de hoy necesitan aprenderla.<sup>551</sup>

Son, por tanto, unas cuantas las lecciones que emergen de lo sucedido en la Francia de Vichy, las cuales, como Weisberg describe, resultan de plena actualidad. De aquéllos hechos surge, pues, una verdad que debe actuar como guía ética en la construcción y crítica del Derecho. Frente al ambiente relativista, nihilista posmoderno de inexistencia de toda verdad, Weisberg propone la verdad de unos terribles hechos, así como un método para evitar que vuelvan a repetirse. La literatura, como se verá más adelante, tiene un papel esencial en ese cometido. Por tanto, en su *Poethics Substance*, la conjura de Vichy ocupa un lugar privilegiado, condicionando gran parte de las obras elegidas así como el método de lectura empleado.

Weisberg señala que nuestra batalla es la batalla de los textos. El reconocimiento de la existencia de éstos, aparte del intérprete, resulta algo necesario para combatir los riesgos de Vichy. Esto es algo aplicable a los textos de literatura y a la propia Constitución. Existen verdades ajenas a nosotros mismos, a la comunidad de intérpretes. Los textos literarios que propone habrán de ser leídos con la atención al propio texto que éstos demandan, porque sólo así se podrán advertir cuáles fueron los

---

<sup>550</sup> *Ibid*, pág. 303.

<sup>551</sup> *Ibid*.

errores que condujeron al desastre de Vichy.<sup>552</sup> Con igual actitud deberá afrontarse la interpretación del texto constitucional, cuyo significado no se puede hacer depender en exclusiva de los diferentes intereses de las comunidades interpretativas que pugnan por hacer triunfar su interpretación.<sup>553</sup>

Ocupa, por tanto, un lugar principal en el programa de “Derecho y literatura” de Weisberg el estudio de un conjunto de obras -premonitorias de lo que más tarde sucedió en la Francia de Vichy- que reflejan el estado de una cultura y de una filosofía que no condujo a nada bueno, y de la que, sin embargo, el autor considera que aún seguimos persuadidos.<sup>554</sup>

## II. Una poética para el Derecho

Otro de los elementos configuradores de su propuesta de “Derecho y literatura” es lo que el autor denomina el “*Poethic Method*”.<sup>555</sup> Con él Weisberg trata dar relieve en el Derecho a una característica esencial de la literatura: la unión de forma y significado.<sup>556</sup> Se destaca el aspecto narrativo del Derecho, especialmente, de las decisiones judiciales.<sup>557</sup> Ambos, El Derecho y la literatura hablan de la realidad a través de un lenguaje que debe respetar una forma. Es hacia éstos, hacia el lenguaje y la forma empleados en los textos jurídicos hacia los que el autor dirige su estudio y atención, realzando su importante papel en el desarrollo y

---

<sup>552</sup> Richard Weisberg, “Text tinto Theory”, *op. cit.*, págs. 980-984.

<sup>553</sup> *Ibid*, págs. 985- 996.

<sup>554</sup> Richard Weisberg, *The Failure of the World*, *op. cit.*, pág. 114.

<sup>555</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, pág. 5.

<sup>556</sup> *Ibid*.

<sup>557</sup> *Ibid*, págs. 11-34.

construcción del Derecho y la consiguiente responsabilidad de los abogados y jueces en este sentido.<sup>558</sup>

La unión de forma y significado y su reconocimiento en la narración jurídica, especialmente, en las decisiones judiciales, tiene como consecuencia que su análisis o crítica no se centre tanto en los resultados como en el proceso mismo por el que éstos son construidos. En este sentido, el autor afirma que tanto un poema como una obra de teatro o novela tienen un significado que no puede ser resumido fácilmente, sino que se encuentra en las propias palabras empleadas en el texto, en la unidad de sonido y sentido, en la especial y única combinación de palabras que constituyen esa obra literaria. Por tanto, aunque las palabras de un texto puedan ser rearticuladas para indicar su significado, en esa reformulación no sólo su belleza se verá empobrecida, sino que es el significado mismo el que se verá afectado.<sup>559</sup> El autor defiende que ese mismo fenómeno opera en el Derecho y se refiere, por ejemplo, a aquellas formulaciones de decisiones judiciales que se convierten en estándar. Cualquier reformulación de ellas no solo implicaría un empobrecimiento sino que, con ella, también su significado se vería alterado.<sup>560</sup>

Para el *poethic method* no son los resultados lo que interesa, sino el proceso mismo por el que éstos son construidos.<sup>561</sup> Un mismo resultado puede ser construido de maneras diferentes, y esto es algo de una importante trascendencia jurídica, ya que no sólo con el propio resultado, sino con cada una de estas construcciones - el relato que se haga de los hechos y la presentación de aquello que se considera relevante en el caso- el Derecho quedará inevitablemente afectado.<sup>562</sup> El *poethic method* busca

---

<sup>558</sup> *Ibid*, pág. 10.

<sup>559</sup> *Ibid*, pág. 5.

<sup>560</sup> *Ibid*, pág. 7.

<sup>561</sup> *Ibid*, pág. 8.

<sup>562</sup> Richard Weisberg, "Literature and Law" capítulo en *The Interrelationz of Literature* (N.Y.: PMLA, 1982) Co-Autor con Jean-Pierre Barricelli, pág. 165. Weisberg pone varios ejemplos como el caso

que abogados y jueces sean conscientes de la responsabilidad que, en este sentido, tienen entre manos así como del potencial que le ofrece el dominio de la narrativa y sus ambigüedades. Es el uso que se haga del lenguaje, el estilo, lo que proporcionará fuerza a las decisiones judiciales en el tiempo. Una buena utilización del lenguaje hará perdurar una resolución y una débil o pobre, por muy beneficioso que sea el resultado, no será capaz de superar el test del tiempo.<sup>563</sup> El autor cita el ejemplo de jueces como John Marshall, Holmes Brandeis, Learned Hand y Cardozo.<sup>564</sup> Todos ellos conocían el efecto que los elementos estilísticos, retóricos y estructurales producen en el significado. Sus éxitos son prueba de que una escritura eficaz produce un fallo eficaz.<sup>565</sup> Por tanto, al igual que en todas las actividades narrativas, el buen uso del estilo en el Derecho produce algo más que el mero adorno. Como el único modo en que el mensaje del autor puede ser transmitido, el estilo determina, de alguna manera, la estatura de la obra.<sup>566</sup> Weisberg señala entonces que decisiones espléndidas son sólo aquellas elaboradas espléndidamente.<sup>567</sup> Sería falsa la creencia de que un caso se convierte en grande por sus características

---

del *National league of cities v. Usseley*, 426 U.S 833 (1976) donde se resuelve que la décima enmienda limita afirmativamente el poder del congreso a invadir los intereses locales y del Estado pero la disyunción entre la forma y la sustancia en la decisión judicial trae consigo su revocación nueve años más tarde con el caso *García v. San Antoniometropolitan Transit Authority*, 469 U.S 528 (1985). Ver en Richard Weisberg, *Poethics, op, cit.*, pág 256, notas 21 y 22. También Hace alusión a otras dos decisiones judiciales: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S 483 (1954) y *Roe v. Wade*, 410 U.. 113 (1973) que causaron cierta satisfacción a ciertas comunidades oprimidas pero que, sin embargo, ninguna de ellas fue capaz de captar y expresar el problema de justicia que había en ellas. No consiguieron captar en su escritura la esencia de las situaciones humanas que valientemente trataron de aliviar, sino que confiaron en los datos de las ciencias sociales. Según el autor en el caso de *Brown* se tendría que haber entrado en la experiencia específica de la desventaja de la gente negra. La justicia en vez de eso utilizó el discurso propio de los científicos sociales. Y lo mismo ocurre en el caso *Roe V. Wade*, donde se concede también demasiado peso a la ciencia convirtiendo la decisión en un texto médico, eludiéndose lo que es en opinión de Weisberg la realidad fundamental de la situación, que es el derecho o no de la mujer a elegir y no la seguridad de los abortos o la viabilidad del feto. Ver en *Ibid*, págs. 255-256, notas 12 y 26.

<sup>563</sup> *Ibid*, pág. 22.

<sup>564</sup> *Ibid*, pág. 15.

<sup>565</sup> *Ibid*.

<sup>566</sup> *Ibid*, pág. 19.

<sup>567</sup> *Ibid*, pág. 22.

intrínsecas. Lo que le hará grande es lo que los juristas hagan de él.<sup>568</sup> Y es que, para Weisberg, el Derecho es una disciplina esencialmente retórica, al igual que la literatura. El autor hace referencia a las palabras de Cardozo y señala que cuando este juez habla de las posibilidades de una decisión judicial para imponerse (“*win its way*”), se está refiriendo, en primer lugar, a su capacidad para convencer a otros jueces en el caso y, en segundo, para ganar autoridad en la más amplia comunidad interesada, algo aplicable, también, a cuando hablamos del éxito o calidad de una pieza de literatura o crítica.<sup>569</sup> Esta es una lección que cada generación enseña a los abogados, pero que sólo el “*poethic method for law*” trae a primera línea.<sup>570</sup> Fue precisamente el éxito del movimiento “Derecho y literatura” lo que provocó que a partir de los años noventa las escuelas de Derecho concedieran una importancia significativa al análisis literario de las decisiones judiciales. Sin embargo, como señala Weisberg, el estudio de la relevancia y posibilidades de los elementos literarios en éstas palidece si se contrasta con la enorme presencia de otros enfoques interdisciplinarios - los tratados de ciencias sociales así como los análisis colmados de datos empíricos y los artículos cargados de jerga – que gozan de una enorme aceptación.<sup>571</sup>

Además, frente a la idea de que existe siempre una conclusión correcta *a priori* a partir del precedente legal, Weisberg destaca el carácter creativo de la tarea del jurista, refiriéndose, especialmente, a la actividad de los jueces.<sup>572</sup> Éstos, en su opinión, se encuentran mucho menos limitados por el precedente o la regla de lo que se pueda pensar. Los jueces, en cada caso que se les presenta, considerarán la situación

---

<sup>568</sup> Richard Weisberg, “Literature and Law”, *op. cit.*, pág. 162. Weisberg pone el ejemplo de jueces como Oliver Wendell Holmes en *schenk v. U.S.*, *dissent in Abrams v. U.S.* o Learned Hand en *Schimid v. U.S.* o William O. Douglas *dissent in Denisv. U.S.* and *Beauharnais v. Illinois*.

<sup>569</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, pág. 19.

<sup>570</sup> *Ibid*, pág. 8.

<sup>571</sup> *Ibid*, pág. 11.

<sup>572</sup> *Ibid*, págs. 16-34.



desde una perspectiva que en una parte importante será esencialmente personal,<sup>573</sup> y luego escribirán sobre ella en términos que tengan validez jurídica.<sup>574</sup> Si los precedentes son claros para el caso, no se necesitaría nada más. Pero dada la naturaleza idiosincrática de cada pedazo de vida que un juez tiene delante y las ambigüedades lingüísticas de los casos precedentes, esto ocurre muy pocas veces.<sup>575</sup> Cuando el juez toma conciencia de los hechos del caso y, tan pronto como comienza a escribir, inevitablemente, los tiñe con su enfoque subjetivo.<sup>576</sup> Weisberg se refiere de nuevo a unas palabras del juez Cardozo: “Hay en cada uno de nosotros una corriente de tendencia, que puede llamarse filosofía, si se quiere, que da coherencia y dirección al pensamiento y a la acción. Los jueces no escapan a esa realidad más que otros mortales. En sus vidas, fuerzas que ellos no pueden reconocer ni nombrar, han estado tirando de ellos – instintos heredados, creencias, convicciones adquiridas- y el resultado es un punto de vista del juez sobre los hechos que genera una forma de ver el Derecho que nunca puede ser idéntica a otras anteriores.”<sup>577</sup>

Para una verdadera comprensión del *poethic method for Law* de Weisberg, el cual no aborda muy extensamente desde un plano teórico, es esencial el elemento central de su proyecto de “Derecho y literatura”: el estudio de un conjunto de obras literarias que tratan sobre Derecho. El aprendizaje que esto podría reportar al abogado es lo que él denomina como *poethic substance o poethics*. Y es que, para el autor, la ficción sería nunca usó el Derecho como una simple sátira o crítica social sino que en los diferentes períodos el Derecho ha llamado la atención de los artistas

---

<sup>573</sup> Richard Weisberg, “Literature and Law” *op. cit.*, pág. 166.

<sup>574</sup> Richard Weisberg *Poethics*, *op. cit.*, pág. 16.

<sup>575</sup> *Ibid*, pág. 17.

<sup>576</sup> *Ibid*.

<sup>577</sup> Weisberg señala las siguientes decisiones judiciales como ejemplos que demuestran una conciencia de su potencial creativo por parte de quienes las escriben: *Hynes v. New York central Railroad*, 231 N.Y. 229, 131 N.E. 898, 17 A.L.R. 803 (Court of Appeals, New York, 1921); *Palsgraf v. Long Island Railroad*, 428 N.Y. 339, 172 N.E. 99 (Court of Appeals, New York, 1928); *Hollaris v. Jankowski*, 315, III. App. 154, 42 N.E. 2d 859 (Court of Appeals, New York, 1942).

literarios por su similitud con el arte narrativo, no por sus diferencias.<sup>578</sup> Eso explicaría por qué tantas obras de Literatura tratan sobre Derecho. La fascinación de los literatos por el Derecho deriva, para el autor, precisamente, de las similitudes entre ambas disciplinas. Los artistas, sensibles a ellas integran abogados, temas y estructuras legales en sus creaciones y, como resultado, nosotros nos damos cuenta de lo que centenares de artistas ya han percibido: la identidad de dos empresas intelectuales aparentemente distintas.

Por lo tanto, una aportación fundamental del estudio del “Derecho en la literatura”, *poethics substance* en Weisberg, es la especial comprensión que proporciona con respecto al segundo aspecto del movimiento, “el Derecho como literatura” que el autor denomina *poethic method for law*.<sup>579</sup> Escritores y abogados, como ya se dicho, confían en el lenguaje para estructurar una realidad no lingüística, reconstruyen sucesos de ésta y al hacerlo será inevitable su impronta personal, sus propios valores, su cultura, su manera de ver la realidad.<sup>580</sup> Éste constituye el enfoque básico desde el que Weisberg aborda la lectura y crítica de las obras literarias. En la interpretación de todas ellas, no es el Derecho mismo lo que se pone en cuestión, sino la actuación y valores de sus intérpretes, en definitiva, lo que los juristas hacen de él.

Conectando este epígrafe con el anterior, puede decirse que para el autor, su *poethic method for Law* y *poethic substance*, son especialmente idóneos y necesarios, hoy más que nunca, para combatir el fenómeno de Vichy. Como se ha visto, su crítica a este período no se centra en el Derecho mismo, en las leyes raciales, sino en la actitud de los juristas ante las mismas, en la retórica y uso que de ellas hicieron los abogados. Es este comportamiento profesional inadecuado, dados los resultados que

---

<sup>578</sup> Richard weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, prefacio.

<sup>579</sup> Richard Weisberg, “Literature and Law”, *op. cit.*, pág. 150.

<sup>580</sup> *Ibid*, pág. 161.

produjo, lo que tanto *the poethic method* como *the poethic substance* buscarían corregir.

### III. El ejemplo del Juez Cardozo

La figura y obra del juez Cardozo son una influencia clara en la propuesta de Weisberg. Desde un plano teórico sus escritos, en los que enfatiza su conciencia y aceptación del lugar que ocupa la cultura y la intuición en la empresa judicial,<sup>581</sup> y que Weisberg califica de “*judicial poetics*”,<sup>582</sup> podría decirse que iluminan tanto su “*poethic method*” como aquello que la literatura puede o debe enseñar a los juristas y que el autor denomina “*poethic substance*”.

#### 1. Intuición

En la base de las teorías de Cardozo está el admitir en el Derecho la presencia y el valor de la subjetividad, de la respuesta no empírica sino puramente personal del juez y, por tanto, de la necesidad de que ésta sea educada.<sup>583</sup> Según Cardozo, en el Derecho, como ocurre en otros campos, sus prácticos no pueden desprenderse de su dependencia de la intuición, la cual trasciende y transforma las aportaciones de la propia

---

<sup>581</sup> Richard Weisberg, “Law, Literature and Cardozo’s Judicial Poetics,” *op. cit.*, Pág. 284.

<sup>582</sup> Weisberg señala que la colección de ensayos del juez puede ser considerada como un tipo de “*Poetics*”. Una palabra que no se refiere a la atención del juez al estilo lingüístico, sino a la conciencia que muestra de su trabajo el cual habría elevado categoría de un fino arte. Una parte de “Derecho y Literatura busca, para Weisberg, revelar al práctico y al juez de igual manera la naturaleza estética del trabajo jurídico eficaz. Ver en *Ibid*, pág. 292.

<sup>583</sup> *Ibid*, págs. 284 y 295. En este sentido Cardozo alude a Gény, quien en su *Science and Technique of Law*, recuerda como esta noción del desarrollo del Derecho encaja en el esquema general del pensamiento filosófico de esos años, en especial con la filosofía de Bergson y su escuela. Ellos señalan que es necesario “completar y corregir la rigidez del intelecto con el suplemento del instinto, de forma que examinemos los misterios del universo a través de la simpatía intelectual “*intellectual sympathy*”. “la nueva filosofía predica bajo el nombre de “intuición”, un modo de conocimiento que...instala a uno mismo en el corazón de la realidad y penetra en ella, no desde fuera, sino desde dentro”.

experiencia.<sup>584</sup> La despersonalización a través de la pura lógica o el uso de datos y reglas no anulan la innata respuesta del juez a los hechos que tiene delante. “El buen juez, reconociendo esto, lo que busca es afilar sus instintos con el filo de la sabiduría de cada día y la experiencia “.<sup>585</sup>

Cardozo llega a afirmar que el dinamismo del *Common Law* deriva, precisamente, de la intuición saludable de sus mejores prácticos.<sup>586</sup> Habiendo percibido, al igual que los poetas, como Yeats, que la subjetividad gobierna la observación de la realidad, Cardozo establece una diferencia cuando se refiere a los jueces, y habla de una intuición que debe reflejar, sin embargo, algo más que la pura subjetividad: “Lo importante es deshacernos de nuestros prejuicios, o de lo que es meramente individual o personal, separarlo de nosotros mismos, para construir no sobre lo que de forma intuitiva o instintiva nos gusta o nos disgusta, sino sobre una cultura liberal e informada... incluso, habiendo puesto en ello el mayor esfuerzo, se estará lejos de haberse liberado del influjo de la emoción o de creencias tan arraigadas e inveteradas que son una parte de nuestra naturaleza”. “Debo pintar lo que está enfrente de mí” dejó Yeats a su hijo. “Por supuesto que pintaré algo diferente, porque mi propia naturaleza vendrá inconscientemente.”<sup>587</sup> Cardozo, entonces, según Weisberg, se esfuerza por un tipo de despersonalización dentro de la subjetividad, un proceso que el juez siempre asoció con la poesía y que consistiría en “el vaciado de uno mismo para el reabastecimiento de un orden más alto...”<sup>588</sup>

---

<sup>584</sup> Sobre este punto Weisberg remite a: B. Cardozo, *The Growth of the Law* (1924), págs. 89-91.

<sup>585</sup> Richard Weisberg “Law, Literature and Cardozo’s Judicial Poetics” *op. cit.*, pág. 296.

<sup>586</sup> Weisberg remite al hacer esta afirmación a: Benjamin N. Cardozo, “Law and Literature”, reeditado en Cardozo *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, ed. M. Hall (1947); reeditado, New York: Mathew vender, 1975), pág. 338.

<sup>587</sup> Estas palabras de Cardozo recogidas en Richard Weisberg, “Law, Literature and Cardozo’s judicial poetics” *op. cit.*, pág. 296 pertenecen a Benjamin N. Cardozo, “The Paradoxes of Legal Science” (1928), en *Selected Writings*, pág. 330.

<sup>588</sup> Richard Weisberg, “Law, Literatura and Cardozo’s Judicial Poetics”, *op. cit.*, pág. 307.

Juzgar requiere para Cardozo, además de lógica, una refinada intuición, es decir, una conciencia instintiva del resultado correcto o justo sobre los hechos: “Muchas son las ocasiones en que no hay un pronunciamiento legislativo que de dirección al juez... en esos momentos uno debe ponerse a sí mismo lo mejor posible dentro del corazón y las mentes de otros y formular su estimación de los valores a través de la verdad como es entonces revelada. Los tests objetivos pueden fallarle, pueden ser confusos o no ser suficientes. Él debe entonces mirar dentro de sí mismo”.<sup>589</sup> Para Weisberg, las decisiones judiciales, tal y como las concibe Cardozo, darían voz a esa aproximación intuitiva del juez a la realidad, la cual puede ser “amplia o estrecha, ignorante o informada, puramente instintiva o con una experiencia rica”. La sabiduría, según Cardozo, no viene a aquellos que miran la naturaleza con la mente vacía<sup>590</sup>, sino que es el resultado de una “intuición avanzada”.<sup>591</sup> Ésta no consistiría, entonces, en “el resultado del desayuno de la mañana”, pero tampoco en el “instinto del trabajador con experiencia”, sino en “todo aquello difícilmente narrable o conceptuable que define al individuo: “la experiencia personal, por supuesto, pero también el poder trascendente y transformador de lo sensible y del conocimiento heredado”.<sup>592</sup> “ En todo estímulo, en toda sensación, algún vestigio de cada uno de estos tres elementos: conocimiento, sentimiento y voluntad están presentes.”<sup>593</sup> “No hay sensación que no contribuya algo, aunque sea un poco, a nuestro conocimiento, a nuestro placer o dolor, y a nuestra acción futura. Un acto es distinguido como un acto de conocimiento, de sentimiento o de voluntad dependiendo cuál de éstas características sea predominante en

---

<sup>589</sup> Estas palabras pertenecen a B. Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science*, 127 (1928).

<sup>590</sup> Esto lo afirma Cardozo, citando a M.R Cohen en *Reason and Nature* 17 (1931) en B. Cardozo, *Law and Literature*, *op. cit.*, pág. 26-27.

<sup>591</sup> Richard Weisberg, “Law, Literature and Cardozo’s Judicial Poethics”, *op. cit.*, pág. 307.

<sup>592</sup> *Ibid*, pág. 306.

<sup>593</sup> En *ibid*, Weisberg reproduce estas palabras de Cardozo pertenecientes a B. Cardozo, *Psychology Lectures*, en *Selected Writings*, *op. cit.*, pág. 352.

ese momento.”<sup>594</sup> Pero además de esta experiencia sensible, está esa otra proveniente del conocimiento heredado, el conocimiento de otros adquirido a través de los libros. Éste contribuye al nivel de riqueza de nuestra experiencia y, por tanto, a nuestra respuesta o aproximación instintiva a los hechos. Para el autor, la manera en que Cardozo primero organiza y después formula los hechos y las posibilidades legales que tiene ante él, es toda una demostración del poder de la educación sobre la intuición. Una educación cuyos modelos vinieron de la cultura humanística, particularmente de la literatura y la filosofía y que produjeron en el juez una fina intuición y una extensa cultura.<sup>595</sup>

## 2. Cultura

Weisberg, en una comparación entre el juez Cardozo y un escritor, Flaubert, señala algunas similitudes y diferencias entre la manera que tuvieron ambos de llevar a cabo sus respectivos trabajos. Y así, en primer lugar, se refiere a la importancia que ambos otorgaron a que una atenta observación de la realidad precediera todo acto de redacción.<sup>596</sup> Las obras del escritor, representativas de las novelas de la escuela realista francesa, evocan la historia social, cuidadosamente observada, de la Francia del siglo XIX. Sin embargo, en este esfuerzo de ambos por ser fieles a la realidad, por poner una estructura narrativa a una realidad observable y específica, Weisberg advierte una diferencia entre ambos: mientras que Flaubert desconfiaba de su propia naturaleza básica y, por tanto, buscó desesperadamente la impersonalidad en el arte, Cardozo llegó a confiar en los movimientos más profundos de su naturaleza.<sup>597</sup> A pesar de esta confianza, Cardozo, sin embargo, nunca dudó de que los jueces del pasado hubieran dicho y hecho cosas merecedoras de ser preservadas y aplicadas

---

<sup>594</sup> *Ibid.*

<sup>595</sup> *Ibid*, pág. 308.

<sup>596</sup> *Ibid*, pág. 287.

<sup>597</sup> *Ibid*, págs. 296-297.

en otros casos nuevos, y estableció un conjunto de categorías que asisten al juez y le proporcionan una despersonalización saludable<sup>598</sup> a lo que, sin embargo, es una tarea subjetiva: la lógica legal; la historia y la costumbre.<sup>599</sup> “Cuál método predominará en cada caso depende de intuiciones de conveniencia o idoneidad demasiado sutiles para ser reformuladas, demasiado imponderables para ser evaluadas, demasiado volátiles para ser localizadas o totalmente aprehendidas...hay modas o tendencias en la jurisprudencia como en la literatura y el arte”.<sup>600</sup> La elección del método no hace más que crear, por tanto, otro area de elección adicional.<sup>601</sup> Pero Cardozo incluye, además, un cuarto elemento, uno que englobaría el conjunto de principios, usos, costumbres y normas morales que se encuentran en una sociedad disponibles para ser expresados en un juicio. Si estos son tan estables como para justificar el pronóstico de que tendrán el respaldo de los tribunales, con razonable certidumbre, Cardozo dice entonces que también son Derecho.<sup>602</sup> Para el juez, este cuarto elemento, que es la cultura, es un método más de esos cuatro y, por tanto, todo juez deberá, además, ser sensible a los valores que la conforman.

Weisberg pone un ejemplo para explicar la forma en que actúa la cultura y cómo la entiende Cardozo. La hipótesis consiste en el supuesto de que un bebé esté nadando en el océano mientras que un hombre se está tomando un bocadillo. El hombre lo ve y no se mueve y el bebé finalmente se ahoga. Nuestro sentido cultural en este caso, señala Weisberg, es ofendido, pero las centenarias reglas negando un deber

---

<sup>598</sup> Weisberg matiza, sin embargo, que el método judicial de Cardozo es un tratado más poético que lógico, que intenta menos una despersonalización metodológica que el establecimiento de un marco creativo para tomar decisiones. Ver en *Ibid*, pág. 302.

<sup>599</sup> Weisberg remite en lo que se refiere a estos métodos a B. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, *op. cit.*, pág. 58.

<sup>600</sup> Ver en “Law, Literature and Cardozo’s Judicial Poetics”, *op. cit.*, pág. 299.

<sup>601</sup> *Ibid*.

<sup>602</sup> *Ibid*, pág. 300.

afirmativo de rescate parecen impedir su responsabilidad. Un razonamiento deductivo de la norma a los hechos llevaría a sostener la oposición del demandado a la demanda de los padres. Los precedentes llaman a desestimar la demanda, pero la cultura hace un alegato más complejo. Por una parte, para Cardozo, la cultura es la verdadera regla, entendiendo por cultura el sentido formado en el juez de la común percepción de la sociedad de su tiempo, no tanto en su forma ideal como en su forma real. Pero por otro, este juez afirma que, incluso en los casos en que el anacronismo y la injusticia se sigan a la aplicación de la regla, esta no será evitada a la ligera. "La ganancia debe justificar el sacrificio".<sup>603</sup> La voz imperativa de la cultura nunca debería ser acallada por la existencia de un precedente fuerte, pero el respeto por los pronunciamientos judiciales, especialmente aquellos que tienen el respaldo del tiempo deben dominar nuestra atención primero.<sup>604</sup>

Si una regla se esfuerza por ser la mejor expresión posible de la sabiduría de una sociedad en un asunto dado, incluyendo la consideración de los pronunciamientos judiciales anteriores ¿Qué dota al juez con esa sabiduría? Weisberg señala<sup>605</sup> que Cardozo responde a esa pregunta con la voz del que fue su gran influencia, Matthew Arnold y afirma que ésta surge no sólo de las propias experiencias del juez, sino también de una asimilación de la cultura aportada por el pueblo y por el cuerpo de grandes textos a los que cada época se refiere en sus búsquedas por coherencia social y sabiduría.

### 3. El razonamiento inductivo

Como se ha visto, un razonamiento deductivo desde el precedente a los hechos haría, en el ejemplo anterior, desestimar la demanda. Cardozo, en cambio, predica un razonamiento inductivo desde los hechos hacia el

---

<sup>603</sup> *Ibid*, pág. 302.

<sup>604</sup> *Ibid*.

<sup>605</sup> *Ibid*, pág. 305 .



precedente que tiene la cultura como su base. Weisberg señala, en este sentido, la tensión que advierte Llewellyn en el sistema legal entre la necesidad de algún orden y la manera de mantener vivos los matices en cada conjunto de hechos.<sup>606</sup> El descubrimiento del adecuado equilibrio entre la regla y los hechos se convierte, para Cardozo, en una cuestión estética. Los hechos dan comienzo al proceso lógico: la manera en que son organizados permite la invocación inductiva de un limitado número de precedentes.<sup>607</sup> Una vez que el proceso de las reglas posiblemente aplicables ha sido inductivamente determinado, se iniciará el proceso deductivo de vuelta hacia los hechos.<sup>608</sup> Las decisiones judiciales del juez Cardozo, según Weisberg, son ejemplo de este proceso descrito. De ellas el autor destaca que, en muchas ocasiones, Cardozo encontró en los hechos específicos del caso el mecanismo para transformar precedentes decadentes en generalizaciones o reglas que se encontraran en consonancia con la cultura<sup>609</sup>. Y ello porque, como se ha dicho, Cardozo defiende que “el Derecho acepta, como un elemento determinante de la justicia, la moralidad de la comunidad cuya conducta regula.”<sup>610</sup> Cardozo pone al descubierto el aspecto cultural del oficio del juez. El uso particular que éste haga de la cultura, dependerá siempre de esas inclinaciones intuitivas individuales de las que se ha hablado.<sup>611</sup>

---

<sup>606</sup> *Ibid*, pág. 302.

<sup>607</sup> En este sentido, Weisberg señala que el juez Cardozo era capaz de hacer una reconstrucción de los hechos, de tal manera, que sus conclusiones legales parecían casi inevitables. Ver en “Law, Literature and Cardozo’s Judicial Poetics”, *op. cit.*, pág. 302, nota 90.

<sup>608</sup> *Ibid*, pág. 302.

<sup>609</sup> *Ibid*, pág. 304.

<sup>610</sup> Ver en B. Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science* 127 (1928), pág. 37.

<sup>611</sup> Richard Weisberg, “Law, Literatura and Cardozo’s judicial Poetics”, *op. cit.*, pág. 304.

Cardozo no sólo es para Weisberg un referente teórico. Podría decirse que sus decisiones judiciales<sup>612</sup> son un ejemplo del efecto positivo que produce la unión del *poethic method*<sup>613</sup> y *poethic substance*<sup>614</sup>. Para el autor este juez representaría un modelo real que puede servir de referente para la comunidad de juristas actual, al constituir un contraejemplo a las prácticas y actitudes de los abogados franceses.<sup>615</sup> Como se ha visto, poseía una intuición disciplinada por una extensa cultura (*poethic substance*)<sup>616</sup> y sus sentencias reflejaban el uso y dominio de cuatro habilidades (*poetic skills*) que ordinariamente sólo se asocian con la literatura: el estilo y la retórica, la hermenéutica, la conciencia de los valores y la imaginación. Todo ello se fusiona en lo que Cardozo denomina “*architectonics*” de la decisión judicial.<sup>617</sup>

## 4. Habilidades poéticas

### 4.1. Estilo y retórica

Weisberg considera que las decisiones judiciales de Cardozo demuestran su conocimiento de que el uso efectivo del estilo contribuye al significado presente y futuro de aquellas y, por tanto, al éxito judicial.<sup>618</sup> El autor señala que el estilo en Cardozo puede ser definido como el medio para aplicar a la disputa particular la sabiduría circundante de la manera

---

<sup>612</sup> Weisberg propone como ejemplos: *Hynes v. New York cent. RR.*, 231 N.Y. 229 (1921); *Osterlind v. Hill*, 263 Mass. 13 (1928); *Palsgraf v Long Island R.R.*, 248 N.Y. 339 (1928). Ver en Richard Weisberg, “The True Story: Response to Five Essayists”, *op. cit.*, pág. 1261.

<sup>613</sup> Siempre presente en sus decisiones judiciales.

<sup>614</sup> Weisberg destaca la fuerte formación literaria del juez en “Law. Literatura and Cardozo’s Judicial Poetics”, *op. cit.*, pág. 305.

<sup>615</sup> Richard Weisberg, “The True Story: Response to Five Essayists”, *op. cit.*, pág. 1261.

<sup>616</sup> Ver en Richard Weisberg “Law, Literature and cardozo Judicial Poetics, *op. cit.*, pág. 309, donde Weisberg describe la gran formación humanística liberal del juez.

<sup>617</sup> B. Cardozo, *Law and Literatura*, *op.cit.*, pág. 352.

<sup>618</sup> Richard weisberg, “Law, Literature and Cardozo Judicial Poetics” *op. cit.*, pág. 309.

más correcta posible y de forma que pueda ser empleada otra vez.<sup>619</sup> La decisión bella es entonces aquella juzgada no meramente en términos de corrección jurídica (o lógica) sino también en términos de corrección cultural (o ética).<sup>620</sup> Para el autor, la revelación esencial del ensayo *law and Literature* de Cardozo es la necesidad absoluta en toda decisión judicial de una “*arquitectonics*”, esto es, de un sentido global de la estructura y la forma, sin el cual pocos argumentos conseguirían su efecto máximo.<sup>621</sup> Para Cardozo la forma no sólo fortalece o favorece el contenido, sino que ambos son indistinguibles. Weisberg señala, en este sentido, la influencia que tuvieron en Cardozo las teorías retóricas de Aristóteles así como las de otros clásicos, como Cicerón, una sabiduría que impregnó las páginas de su ensayo *Law and Literature* y que, aún hoy, se encuentra disponible para los nuevos juristas.<sup>622</sup>

Weisberg resalta la importancia de una aproximación al lenguaje en el Derecho tal y como lo hizo Cardozo y así señala que al igual que le sucedió a Flaubert, Cardozo vio las palabras como un medio imperfecto para la comunicación de ideas,<sup>623</sup> algo que, en opinión de Weisberg, demasiadas pocas veces los profesores de Derecho reconocen.<sup>624</sup> Pero, además, tanto el trabajo del escritor como el del juez serían ejemplos del poder del lenguaje cuando éste es estructurado en un patrón formal

---

<sup>619</sup> *Ibid*, pág. 311.

<sup>620</sup> *Ibid*.

<sup>621</sup> *Ibid*, pág. 312.

<sup>622</sup> “Derecho y Literatura” trae estos textos retóricos clásicos a primera plana. Weisberg señala la lista de lecturas recomendadas por Judith Koffer, también académico y profesor en el campo del “Derecho y la literatura”, en un curso de retórica en una escuela de Derecho a finales de los años setenta donde podemos encontrar textos como la *Retórica* de Aristóteles; *Grammar of Motives* (1969) de Burke; *Retórica* de Cicerón; *The Order of things: An archaeology of the human sciences* (R.D. Laing, trans. 1970); *Legal Fictions* (1967); *An introduction to Legal Reasoning* (1949) de E. Levi; *Nueva Retórica: Un tratado sobre argumentación*, (1969) de C. Perelman. Ver en *Ibid*, pág. 314, nota 151.

<sup>623</sup> Weisberg hace alusión, en este sentido, a unas palabras de Flaubert: “...La necesidad de colocar al hombre en un bloque de piedra o de pintar el alma con palabras, sentimientos con sonidos...arte, arte, que vanidad tan hermosa!”. Ver en *Ibid*, nota 154.

<sup>624</sup> *Ibid*, pág. 314.

efectivo. Cardozo, en este sentido, reconoció que la propia contingencia del lenguaje podría ser, sin embargo, una experiencia creativa estimulante: “Encontramos un fenómeno gemelo en la literatura, semejante en la poesía y en la prosa. La búsqueda por la palabra justa, la frase oportuna que dará expresión a la idea siendo, de alguna manera, la propia idea transformada en la frase cuando se funden....”<sup>625</sup> Cardozo, aunque es un escéptico de la palabra, en el sentido de que es consciente de la naturaleza contingente del lenguaje, sin embargo, conocía y supo aprovechar el incommensurable poder del medio del abogado y del juez.<sup>626</sup>

#### 4.2. Hermenéutica

“Derecho y Literatura” destaca una tarea esencial que comparten los críticos literarios, abogados y jueces. El trabajo de todos ellos se desarrolla fundamentalmente con textos y, tanto unos como otros, se enfrentan a las mismas dificultades en la búsqueda o determinación de su significado. Deben interpretar los signos y los símbolos, y eso puede hacerse con mayor o menor habilidad o con mejores o peores propósitos.<sup>627</sup> Siendo esto una realidad innegable en el Derecho, resulta llamativo, para Weisberg, el hecho de que pocas veces la hermenéutica como disciplina forma parte del currículum del abogado o de un curso tradicional. Es la progresiva presencia de “Derecho y literatura” en las escuelas de Derecho a partir de finales de los años setenta la que a través de diferentes seminarios busca aproximar a los juristas al conocimiento teórico de una disciplina esencial en su profesión.<sup>628</sup>

---

<sup>625</sup> Estas palabras pertenecen a B. Cardozo, *The Growth of the Law*, *op. cit.*

<sup>626</sup> “Law, Literature and Cardozo’s Judicial Poetics”, *op. cit.*, pág. 315. Weisberg señala y comenta un conjunto de decisiones judiciales de Cardozo donde de forma especial este juez hace uso de la noción de estilo y lenguaje que acaba de ser descrita: *Killian v. Metropolitan Life Insurance company*; *Foreman v. Foreman*; *Hynes v. New York central Railroad*. Ver en *Ibid*, págs. 321-326.

<sup>627</sup> *Ibid*, pág. 317.

<sup>628</sup> Weisberg señala que desde finales de los años setenta seminarios de este tipo se ofrecen en escuelas de Derecho de todo el país. También menciona, por ejemplo, los encuentros que anualmente se celebran entre profesores de Derecho y académicos literarios en una “Sesión especial” sobre Derecho

Las decisiones judiciales de Cardozo son ejemplo, para el autor, de las enormes posibilidades que proporciona al abogado y al juez el hábil manejo de esta disciplina tradicionalmente asociada con la literatura, así como también, de los buenos propósitos con que puede ser utilizada.<sup>629</sup> Weisberg señala a Matthew Arnold como el modelo de excelencia crítica de Cardozo y hace referencia a unas palabras de éste que son representativas de lo que, en opinión del autor, el juez aprendió del crítico: que el acto interpretativo no sólo puede ser un acto estético sino también ético, "conocer lo mejor que se ha pensado y dicho en el mundo como un medio de expansión de todos nuestros poderes, eso es cultura. Pero es la parte crítica la que en primera instancia distingue y separa de todo lo dicho lo "bueno" de lo "malo". Entonces, desde que la crítica es un medio para la cultura y la cultura un medio para la perfección, el crítico también puede clasificar a aquellos autores cuyos esfuerzos se orientan a la felicidad y el orden del mundo... Arnold vio y sintió que las humanidades satisfacen algo más que las demandas, las exigencias, las reivindicaciones, los requerimientos, de unas simples normas de convivencia y que al margen de lo que puedan declarar los apóstoles del positivismo y del progreso material, hay en las cosas espirituales una virtud que el lapso del tiempo no puede borrar".<sup>630</sup> Además de las decisiones judiciales de Cardozo como referente de la actividad hermenéutica, Weisberg reclama a una identificable tradición humanista para asistirnos en esta difícil tarea.<sup>631</sup>

---

y Literatura en la *Modern Language Association*, así como el trabajo de diferentes grupos, como el de la *American Legal Studies Association* de la universidad de Massachusetts, que investigan, de forma creativa, los aspectos formativos de este area interdisciplinar. Como ejemplo del interés que a finales de los setenta comienza a despertar esta materia, cita también algunos de los simposios que sobre Derecho y Literatura se llevaron a cabo durante estos años: 9 U. Hartford Stud. In Literature 83 (1977); *Law and the Humanities*, 7 U. MD. L. F. 83 (1977); "Law and Literature" 29 *Rutgers L. Rev.* 223 (1976). Ver en *Ibid*, pág. 315, nota 161.

<sup>629</sup> Decisiones del juez Cardozo en las que Weisberg considera que esta habilidad puede apreciarse con más claridad: *Ostrove v. Lee* (1931); *Marchant v. Mead-Morrison Manufacturing Company* (1929); *Palko v. Connecticut* (1937); Ver en *Ibid*, págs. 326-335.

<sup>630</sup> *Ibid*, pág 317, nota 166.

<sup>631</sup> *Ibid*.

### 4.3. Conciencia de los valores

Esta habilidad poética se asocia al cuarto elemento que establece Cardozo para asistir al juez en sus decisiones (el método de la cultura) y se referiría a la necesidad de que todo juez tenga una voz comunitaria distinta a la meramente personal o legal. Weisberg señala que es a esta voz comunal a lo que se refiere el juez cuando habla de “*pure community*.” Esta incluye pero sobrepasa el mero conocimiento positivista de las tendencias actuales y puede definirse como un “instinto inherente en cada individuo por lo mejor de nuestra cultura contemporánea, pasada y presente”.<sup>632</sup> Es este conocimiento del juez y del abogado de “lo mejor que se ha dicho y pensado en el mundo”<sup>633</sup> un instrumento fundamental para crear en él una firme noción de justicia.

Cardozo es ejemplo para Weisberg de un hombre que vivió en una época de plena desintegración social y auge del relativismo en occidente y que, sin embargo, nunca perdió su fe en un conjunto de valores. Éstos están ahí, sólo hay que tratar de buscar y averiguar cuáles son, teniendo en cuenta que únicamente resultarán accesibles para aquellos miembros sensibles de una comunidad.<sup>634</sup> El autor ve precisamente en el desarrollo de estas habilidades poéticas una manera de sensibilizarse, la única quizás, en una sociedad tan compleja como la contemporánea.<sup>635</sup>

### 4.4. Imaginación

“Cardozo era capaz de reconstruir hechos concretos ocurridos en el pasado de tal forma que sus conclusiones jurídicas parecían casi

---

<sup>632</sup> *Ibid*, pág. 138.

<sup>633</sup> B. Cardozo, “law and Literatura” en *Select writings*, *op. cit.*, pág. 68.

<sup>634</sup> Weisberg señala que esto constituye una nueva diferencia entre un escritor como Flauvert y Cardozo. Ambos vivieron y trabajaron en un ambiente de crisis de valores y Flauvert, a diferencia de Cardozo, optó por personificar o representar el relativismo de esos días.

<sup>635</sup> *Ibid*, pág. 319. Weisberg señala una decisión del juez donde se hace especialmente patente esta habilidad poética: *Morningstar v. Lafayette Hotel Co.* Ver en *Ibid*, págs. 335-336.

inevitables. Ese talento derivaba de una imaginación disciplinada y controlada por un gran aprendizaje y una gran experiencia”<sup>636</sup>

Weisberg especifica la diferencia entre los términos “intuición” (del que se habló anteriormente) e “imaginación” (al que nos referimos ahora). Mientras que la intuición lo que haría es controlar la mezcla de los cuatro métodos de Cardozo, la capacidad imaginativa estaría relacionada con el uso de las habilidades poéticas anteriores.<sup>637</sup> Son los textos más representativos de este juez, para Weisberg, el mejor modelo de cómo utilizar la imaginación en el Derecho.<sup>638</sup>

Todo lo que se ha dicho hasta ahora tendría el objetivo de justificar y hacer más comprensibles cuestiones como qué valor concede Weisberg a la literatura en la enseñanza del Derecho, cuáles son los textos más idóneos para ello, cómo deben ser éstos leídos e interpretados y qué objetivo persigue el autor con ello. Son todos estos aspectos que se abordarán a continuación.

---

<sup>636</sup> Evatt, “Mr. Justice Cardozo”, 52 *Harv. L. Rev.* 357 (1939)

<sup>637</sup> Richard Weisberg, “Law, Literature and Cardozo’s Judicial Poetics”, *op. cit.*, pág. 319.

<sup>638</sup> En especial: *In re Fowles* (1918). Ver en *Ibid*, págs. 337-342.

---

## Sección 2: Syllabus

---

*“When an individual perceives injustice, all that defined him as a person is likely to emerge”<sup>639</sup>*

### I. Cuestiones preliminares

#### 1. *Poethic substance* o qué puede enseñar la literatura

Podría decirse que una de las principales reivindicaciones de Weisberg con “Derecho y literatura” es la necesidad de revivir en el Derecho la importancia que Cardozo otorgó a la cultura y la intuición.<sup>640</sup> Y ello en un período, como era el de los años ochenta del siglo veinte, en el que las ciencias sociales habían reemplazado a las humanidades en las fuentes del Derecho y, por tanto, de una creciente impersonalidad tecnológica y una progresiva influencia del positivismo en la reunión de datos legales. En estos tiempos en los que la cultura jurídica vivía bajo la nueva religión de la escuela económica de Chicago, del positivismo de los datos o de las teorías interpretativas pseudo-científicas como el originalismo o el nihilismo textual,<sup>641</sup> sin embargo, los abogados y los jueces continuaban enfrentándose en el ejercicio de su trabajo a complejas cuestiones que seguían requiriendo de ellos un cierto tipo de sabiduría interna, un sentido de la lucha de valores, de la verdad, de las experiencias humanas, en resumidas cuentas, un tipo de conocimiento que iba más allá de lo que enseñan o pueden resolver las ciencias sociales.<sup>642</sup>

---

<sup>639</sup> Richard Weisberg, *The Failure of the Word*, *op. cit.*, pág. 13.

<sup>640</sup> Richard Weisberg “Law, Literature and Cardozo’s Judicial Poetics, *op. cit.*, pág. 300.

<sup>641</sup> Richard Weisberg “Coming of Age Some More: Law and Literature Beyond the Cradle”, *op. cit.*, pág. 109.

<sup>642</sup> *Ibid*, pág. 110.



Cardozo dió relevancia al hecho de que para el abogado y el juez la competencia y el manejo de las leyes, los datos y la lógica eran cuestiones necesarias pero no suficientes. Él habla de su descubrimiento de que el aspecto creativo en el Derecho es mayor de lo que había imaginado, de que una cultura no legal era parte también del Derecho y de que, por tanto, una práctica efectiva del mismo exigía o consistía en la mezcla de ingredientes dispares.<sup>643</sup>

Como se veía en el apartado dedicado al juez, éste puso de manifiesto que la búsqueda de objetividad en el Derecho, de la despersonalización a través de la pura lógica o el uso de datos y reglas no podrían nunca eliminar su inevitable respuesta personal ante los hechos que se le presentan. Esta aproximación intuitiva a la realidad podía ser amplia o estrecha, ignorante o informada, puramente instintiva o con una experiencia rica. Es por ello importante que el buen juez y el abogado, en primer lugar, reconozcan este hecho y entonces, como señala Cardozo, busquen afilar sus instintos con el filo de la sabiduría de cada día y la experiencia. Ello consiste, en gran parte, como ya se ha dicho, en que traten de adquirir una especie de empatía intelectual que les permita llegar al corazón de la realidad y verla tal como es, corrigiéndose así la rigidez de sus ideas y la distorsión de la realidad a que pueden conducir la inevitable influencia de las diferentes teorías a las que todos estamos expuestos. Debe deshacerse de sus prejuicios, vaciarse de sí mismo y buscar que su respuesta intuitiva no se base entonces en la mera subjetividad, en aquello que simplemente le gusta o disgusta, sino en una cultura liberal e informada que le aporte una mente crítica formada y un pensamiento propio.<sup>644</sup>

En la resolución de los casos difíciles, frente a la confianza en las fórmulas y la reunión de datos positivos, tan en boga a comienzos de los ochenta, Weisberg rescata los escritos de Cardozo y aboga por confiar en

---

<sup>643</sup> Richard Weisberg, "Law, Literature and Cardozo's Judicial Poetics", *op. cit.*, pág. 300.

<sup>644</sup> *Ibid.*

esta intuición saludable y disciplinada de sus mejores prácticos. Son este tipo de casos, como se ha visto, tanto para Weisberg como para Cardozo, más abundantes de lo que suelen apreciarse y su calificación como tales, dependiente siempre de la subjetiva consideración de los juristas.<sup>645</sup> Weisberg propone las decisiones judiciales de Cardozo como la mejor prueba del resultado positivo que produce una adecuada educación sobre la intuición. Es este uno de los motivos por los que este autor considera necesario poner a disposición de los juristas los materiales de este juez y, como se verá, uno de los puntos de vista esenciales desde los que Weisberg aborda la formación literaria de los juristas. Son para el autor determinadas obras de literatura, como se verá a continuación, la mejor fuente de sentido y sensibilidad hacia las experiencias humanas,<sup>646</sup> de empatía, de conocerse uno mismo y de vaciarse de prejuicios, de llenarse de lo mejor que se ha dicho y hecho, en resumidas cuentas, de adquirir esa sabiduría o intuición saludable necesaria para la actividad de los jueces y los abogados.

Siendo las fuentes del Derecho variables, Weisberg reivindica cierto tipo de literatura como una fuente apropiada en nuestro tiempo. Lo hace con el objetivo de llenar el vacío ético en el que el pensamiento y la práctica legal viven, algo motivado, a su entender, por la influencia del nihilismo posmoderno y el pseudo cientifismo extremo, coincidentes ambos en sugerir la ausencia de límites éticos en el Derecho.<sup>647</sup> La jurisprudencia estándar (Weisberg hace alusión al referirse a ésta a Kant y Hegel o Austin y Hart y Fuller y Kelsen), aún siendo rica e importante, sólo logra involucrar, en opinión del autor, a un puñado de académicos y no consigue captar suficientemente el interés del abogado. A éste, en cambio, le resulta más atractivo el análisis económico del Derecho y el

---

<sup>645</sup> *Ibid*, pág. 298.

<sup>646</sup> Richard Weisberg, "Coming of Age some More: Law, Literature Beyond the Cradle", *op. cit.*, pág. 110.

<sup>647</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, pág. 5.

universo coste-beneficio que éste le proporciona, el cual, a diferencia de la jurisprudencia tradicional, muy a menudo dicta su comportamiento.<sup>648</sup>

Es hora pues, para el autor, de que otras historias sean proporcionadas a los prácticos del Derecho. Son éstas, para Weisberg, las que crean el sedimento desde el que actuamos, formando la intuición que motiva nuestros actos. Son todo lo que tenemos y es nuestra responsabilidad decidir con qué historias llenamos nuestras vidas.<sup>649</sup> En un momento en el que, según el autor, las instituciones jurídicas, incluyendo la academia, han roto con sus raíces humanísticas y “el amigo humanista del abogado ha sucumbido prácticamente ante su rival armado empíricamente”<sup>650</sup>, Weisberg reivindica un conjunto de historias, de obras literarias, cuyo contenido, en la interpretación que el autor propone de ellas, instruyen sobre el bien, constituyendo un medio especialmente idóneo para educar y conformar la intuición de abogados y jueces. Se trata de un tipo de formación ética –criticada por muchos por chocar con la posmodernidad-<sup>651</sup> que tiene, en gran medida, como uno de sus referentes, los hechos acontecidos en la Francia de Vichy y el propósito de conjurar el riesgo de desconsideración y distorsión de las creencias básicas constitucionales que representó el ejemplo francés.<sup>652</sup>

Otro de los puntos clave que justifican la necesidad de una formación literaria y no sólo legal de los juristas, es la importancia que Cardozo concede -y Weisberg reivindica- al elemento cultural en el Derecho, el cual actuaría, junto a otros factores (leyes, jurisprudencia, historia, lógica, costumbre), como un ingrediente más en la

---

<sup>648</sup> *Ibid*, pág. 4.

<sup>649</sup> Richard Weisberg, “Three Lessons from Law and Literature”, *op. cit.*, pág. 286.

<sup>650</sup> Richard Weisberg, “Wigmore’s Legal Novels’ Revisited”, *op. cit.*, pág. 17.

<sup>651</sup> En “The True Story: Response to Five Essayist on *Poethics*”, *op. cit.*, Weisberg responde a un conjunto de autores como Lowenstein, Robert Weisberg y LA Rue, que cuestionan la manera en que el autor entiende que la literatura puede enseñar algo a los abogados.

<sup>652</sup> *Ibid*, pág. 1261.

despersonalización saludable del juez. El que se dé más importancia en los distintos casos a uno de estos elementos despersonalizadores es un acto que dependerá, de nuevo, de la intuición del práctico.

Para Weisberg, esta intuición y la cultura son elementos integrantes del Derecho y aspectos esenciales para su desarrollo, evolución y dinamismo. Pero para que esto pueda llevarse a cabo de forma adecuada, es necesario, como se ha visto, educar esa intuición y también formar al jurista en un conjunto de habilidades, casi todas hasta ahora sólo asociadas con el arte literario: el estilo y la retórica, la hermenéutica, la conciencia de los valores de una cultura y la imaginación. La selección de textos literarios que hace Weisberg así como el método de lectura que emplea en ellos estaría orientado, también, a una adecuada formación de los abogados en estas habilidades poéticas (*poethic method*).<sup>653</sup>

Finalmente, el estudio del conjunto de obras literarias escogidas por el autor que conforman este *syllabus* estaría destinado a infundir en abogados y jueces una conciencia de lo mejor de su cultura pasada y presente. Este es, como se ha visto, un aspecto esencial de la formación que ayudaría a conformar en aquellos una idea de justicia capaz de evitar que en una sociedad relativista, como Weisberg califica la de aquel momento, pierdan su fe en la búsqueda por un conjunto de valores por los que merezca la pena luchar. Para el autor, son las decisiones judiciales del juez Cardozo, de nuevo, ejemplo de fe y lucha en este sentido pero, también, de imaginación, un ingrediente imprescindible en la eficaz y correcta utilización de estas habilidades poéticas.

## 2. El Derecho en la literatura

Estos son, como decía, los presupuestos que justificarían la propuesta de “Derecho y Literatura” de Weisberg. Según éstos, no toda la literatura tendría valor formativo, sino sólo aquella que, dadas sus características, es capaz de infundir de forma única en jueces y abogados

---

<sup>653</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., págs. 172-175.

el conocimiento necesario para una práctica del Derecho que corrija las carencias y riesgos de éste a finales del siglo XX y principios del XXI.

En primer lugar, llamaré la atención sobre el hecho de que, la inmensa mayoría de las obras propuestas por el autor para este cometido son, a diferencia de White, sobre Derecho. Pero es importante señalar la perspectiva desde la que Weisberg se aproxima a estas obras, una clave interpretativa fundamental que, a su vez, resulta reveladora de los propósitos que persigue con su lectura. La atracción que la ficción ha mostrado en determinados períodos por el Derecho y que se manifiesta en la gran cantidad de obras literarias en las que éste es protagonista, no es casual, sino que se debe, como anteriormente se ha mencionado, al reconocimiento por parte del artista del medio común que comparte con el abogado: la estructura narrativa y lingüística. Ambos, de igual manera, tratan de buscar a través de la observación de las acciones de otras personas una síntesis narrativa de la realidad que les rodea.<sup>654</sup> Para Weisberg, cuando escritores de la novela moderna y otros más actuales como Flauvert, Dostoievski, Trollop, Melville, Twain, Faulkner, Barth, Doctorow, Malamud o Slozhenitsyn, escriben exhaustivamente sobre abogados y procedimientos legales, están escribiendo sobre sí mismos, sobre el dificultoso proceso de poner una estructura narrativa sobre una realidad. Weisberg considera que el escritor encuentra en la técnica del Derecho una metáfora de su propia manera de hablar de las cosas. Este es el motivo por el que estos escritores persiguen el Derecho de forma más intensa que otra actividad humana y lo que hace a sus obras interesantes y formativas para los abogados. En ellas lo importante es la crítica o el aprendizaje en relación a la forma que tienen los abogados de recrear la realidad.<sup>655</sup>

---

<sup>654</sup> Richard weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, pág. 16.

<sup>655</sup> Sobre cómo debe entenderse el Derecho *en* la literatura según Weisberg y las diferencias de su postura en ese punto con respecto a la forma que tiene Posner de entender esta literatura sobre Derecho ver: *Ibid*, págs. 202 y ss.

### 3. El canon literario

Antes de abordar el estudio en concreto del conjunto de obras literarias que constituyen este *syllabus*, podría ser conveniente dejar constancia de algunas puntualizaciones que hace el autor con relación al tema del canon, al tratarse de un asunto que levanta ciertas controversias dentro y fuera del movimiento. El planteamiento que Weisberg hace de “Derecho y literatura” refuerza la idea, sin duda, de que los grandes libros deben ser leídos. Frente a las críticas recibidas por este hecho, sobre todo, de algunos sectores feministas,<sup>656</sup> el autor señala que aunque se estudia de forma mayoritaria a escritores y personajes masculinos, “Derecho y literatura” trata muchos de los asuntos que a éstas les preocupan, revelando aspectos del feminismo aún no discutidos o analizados.<sup>657</sup> Y es que, como se verá, para el autor, el uso del canon tradicional no conlleva, necesariamente, aproximarse a éste con una perspectiva tradicional. No se puede prescindir, en su opinión, de autores como Shakespeare porque sea un hombre, burgués, cristiano y blanco. Lo determinante, para Weisberg, debe ser la calidad. Para él supone una grave equivocación excluir una amplia y valiosa literatura de ficción sólo para pasar un determinado test social, así como acudir a escritores minoritarios o leer obras de minorías simplemente por este hecho, sin considerar su calidad.

“Derecho y literatura” debería asumir, según Weisberg, la responsabilidad de llevar la cultura literaria a lo largo de un puente entre el seguro pero anticuado textualismo ético y el antifundacionalismo (*antifoundationalism*) del presente, ante los que faltan, en su opinión,

---

<sup>656</sup> Weisberg se refiere, por ejemplo, a Carolyn Heilbrun, Jane Maslow Cohen o Miller Ball, ver en: Richard Weisberg *Poethics*, *op. cit.*, notas 1,2 y 3 pág. 271. Ball, Milner. “Confessions.” *Cardozo Studies in Law and Literature* 1.2 (1089), págs. 185-97. Heilbrun, Carolyn and Judith Resnik. “Convergences: Law, Literature and Feminism”. *Yale Law Journal* 99 (1990), págs. 1912-56. En Gaurav Desai, Felipe Amith and Supriya Nair, “Introduction: Law, Literature, and Ethnic Subjects”, Melus, *Oxford Journals*, Oxford university Press, 2003, págs. 3-16 puede encontrarse una bibliografía con autores que han tratado el tema del canon, así como un comentario acerca del tratamiento que del mismo hace Weisberg.

<sup>657</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, pág. 118.

alternativas y entre los que existe, a su modo de ver, una excesiva distancia.<sup>658</sup>

La elección de grandes obras por parte del autor estaría también orientada a remediar en los estudiantes su falta de lectura y contacto con los grandes libros. No son los alumnos responsables de ello sino la influencia que ha tenido en la enseñanza la estrecha agenda posmoderna.<sup>659</sup> La lectura de estas obras evitaría que otra generación no tenga acceso a estas fuentes únicas de emoción personal, de sabiduría humana y profesional.<sup>660</sup> Éstas constituyen una aportación en el campo de la ética de enorme valía y sin embargo se ha prescindido de ellas primero por la crítica literaria tradicional que, en opinión del autor, malinterpretó estas obras y, ahora, por los profesores de literatura posmodernos que las ignoran o denigran.<sup>661</sup>

---

<sup>658</sup> *Ibid.*

<sup>659</sup> Weisberg alude, por ejemplo, a profesores como De Man o Geoffrey Hartman, quienes, según él, prescinden sin problemas de los grandes libros.

<sup>660</sup> *Ibid.*, pág. 122.

<sup>661</sup> *Ibid.*, Prefacio.

## II. *Syllabus*<sup>662</sup>

### *Más allá de una retórica brillante*

El objetivo que se persigue en este epífrase es el de que pueda apreciarse ahora a través de los ejemplos literarios que se ofrecen, todo lo que de forma más abstracta se ha planteado en los presupuestos. Quedan reunidas aquí algunas de las obras comentadas por el autor en sus libros y artículos, las cuales han sido clasificadas en cuatro apartados: el primero se refiere a la novela moderna continental, y en él se incluyen un conjunto de obras que resultan especialmente apropiadas para crear en los abogados y los jueces esa intuición viva a la experiencia y formada culturalmente de la que se ha hablado. En el segundo, se estudiarán novelas que comparten la característica de tener una misma estructura. En ellas la atención se centrará en el proceso o razonamiento jurídico que plantean. Weisberg se refiere a ellas con el nombre de “*procedural novels*” y son textos que por su estructura demandan un tipo de lectura especialmente idónea para el abogado en el campo de la hermenéutica. El tercer bloque está destinado al estudio de la novela moderna y contemporánea angloamericana y constituye un conjunto más amplio de obras cuyo análisis se centra en la figura del abogado. Éstas proporcionan un aprendizaje o conocimiento sobre determinados aspectos de la profesión que, según Weisberg, difícilmente pueden adquirirse de otra manera. El último, finalmente, está dedicado a aquellas novelas que fomentan la empatía y la sensibilidad hacia aquellas personas que son calificadas como *outsiders*.

---

<sup>662</sup> Este *syllabus* tiene en cuenta el conjunto total de su obra y recoge, sin ánimo de exhaustividad, las ideas y obras literarias hacia las que el autor muestra mayor interés e insistencia y que a su vez sirven mejor para mostrar esas las ideas fundamentales de su propuesta formativa de “Derecho y literatura” que se han identificado en los presupuestos. No se corresponde, por tanto, de forma exacta con el *syllabus* que el propio autor elaboró en alguno de sus libros. Ver en *Ibid*, pág.117. Tampoco con la revisión y puesta al día que el autor lleva a cabo, en los primeros años del movimiento, de la lista y clasificación de novelas sobre Derecho que John. H. Wigmore elaboró en 1908. Ver en Richard Weisberg, “Wigmore’s Legal Novels Revisited: New Resources for the Expansive Lawyer”, *op. cit.*, págs. 19-24 y Richard Weisberg, “Literature and Law, *op. cit.*, págs. 150- 153. Ni tampoco con los numerosos *syllabus* que el autor elaboró en su prolongada actividad como docente.



En un último apartado se estudia con mayor detenimiento un texto, *Billy Budd* de Melville.<sup>663</sup> El motivo es que el autor ha dedicado una enorme atención a esta novela, lo cual hace que su análisis sea expresivo, como ningún otro, de lo que Weisberg considera que un jurista puede y debe aprender de la literatura.

## 1. Literatura moderna continental

Bajo este título se estudiarán obras como: *Apuntes del subsuelo*, *Los hermanos Karamazov* y *Crimen y castigo* de Dostoievski, *Salammbó* y *La Educación sentimental* de Flaubert, *El extranjero* y *La caída* de Camus.<sup>664</sup> Todas ellas abarcan un período de tiempo que va desde 1862 a 1956. La lectura que Weisberg realiza de ellas desafía la interpretación más tradicional, lo cual el autor estima imprescindible si se quieren extraer las enseñanzas más profundas y válidas que para los juristas de nuestros días proporcionan. Y es que, para el autor, las generaciones posteriores al holocausto se encuentran aún expuestas a importantes riesgos, al haber continuado trabajando con muchas de las instituciones y herramientas que causaron tan enormes estragos.<sup>665</sup>

---

<sup>663</sup> Se ha considerado que un análisis más detallado de esta novela pueden hacer más fácilmente comprensibles muchas de las ideas del autor. Pero existen otras obras a las que Weisberg concede especial importancia. De entre ellas destacaría, por ejemplo, *El Mercader de Venecia*, de Shakespeare. Es esta obra, para Weisberg, el precedente de esta literatura cuyos escritores, como se verá en el apartado en el que se trata el desafío interpretativo de Weisberg, utilizan el Derecho como un modo de hacer autocrítica. Ver en Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., Prefacio. Los comentarios de Weisberg a esta obra pueden verse, por ejemplo en *Ibid*, págs. 93 a 104 y 206 a 211.

<sup>664</sup> Ver, especialmente, Richard Weisberg, *The Failure of the World*, op. cit.

<sup>665</sup> Richard Weisberg, "Text into theory", op. cit., pág. 941.

### 1.1. El desafío interpretativo de Weisberg<sup>666</sup>

Weisberg cuestiona los métodos de lectura posmodernos de moda consistentes en sacar o mover sistemáticamente el significado de los textos, haciéndolos depender exclusivamente del lector o de las comunidades interpretativas. En estos tiempos postholocausto, el autor considera que es especialmente necesario mirar a determinados textos directamente, no apartando los ojos de realidades que ahora más que nunca resulta necesario ver.<sup>667</sup>

Por otro lado, es la explicación que da Weisberg, y a la que ya se ha hecho alusión, sobre la razón del protagonismo del Derecho en ciertas obras literarias de esta época, otro elemento clave de ese desafío interpretativo. En ellas, como se decía, no se parte de una contraposición entre la literatura y el Derecho. No han de interpretadas como una sátira o crítica de éste, sino que lo que en ellas se pone en cuestión es la actividad de sus intérpretes, de los actores legales, como una metáfora de la actividad comunicativa de los propios escritores.<sup>668</sup> Una de las

---

<sup>666</sup> Richard Posner se enfrenta a la interpretación que defiende Weisberg de estas obras en Posner, Richard A. "From Billy Budd to Buchenwald (reviewing Weisberg, Richard H., *The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction* (1984)". *Yale Law Journal*, Vol. 96 (1987), pág. 1173. En estos artículos puede encontrarse bibliografía sobre otros autores que comparten también una visión crítica respecto a la postura de Weisberg. A favor de ésta y en contra de Posner, se encuentra otro miembro de "Derecho y literatura" Robin West, quien en. "The lawless adjudicator"<sup>26</sup> *Cardozo Law Review*. (2004-2005), págs. 2253-2261 destaca la trascendencia e influencia de *The failure of the World*. Lawrence Douglas en "Language, Judgment, and the Holocaust" *19 Law and History Review* (Spring 2001), págs. 177- 182 equipara las pretensiones de Weisberg en este libro con las de Martha Nussbaum en *Law's Knowledge*, Oxford University Press, 1990.

<sup>667</sup> Richard Weisberg, *the Failure of the World*, op. cit., prefacio segunda edición.

<sup>668</sup> Richard weisberg, *Poethics*, op. cit., prefacio

características que podría haber contribuido a esta identificación entre los escritores y los abogados protagonistas de sus novelas es la tendencia de la época hacia la codificación del Derecho. El texto jurídico comenzó a ser fuente de complicados análisis y problemas hermenéuticos y, a su vez, la literatura era también objeto de una creciente autoconciencia y complejidad.<sup>669</sup>

En el período que abarcan estas novelas, de movimiento y desaparición de los valores tradicionales (heroísmo y cristianismo), los escritores, según el autor, percibieron el Derecho como la única voz restante de autoridad institucional y social. Los artistas, poco a poco, fueron viendo que el Derecho del siglo XIX era más un sistema procedimental que un cuerpo de órdenes de comportamiento humano. Y algo similar ocurría con la literatura, donde la complejidad formal parecía convertirse en un fin en sí mismo, por encima de la exposición de valores morales, éticos y políticos. Según el autor, los artistas literarios del siglo XIX se reconocieron a ellos mismos en ciertos aspectos del Derecho y el procedimiento legal. El uso del Derecho como tema novelístico tiene que ver, entonces, con una asociación de ambas profesiones y con el hecho de que los escritores encontraran en el Derecho la mejor manera de articular sus incertidumbres propias más profundas.<sup>670</sup> Los novelistas de estas obras sobre Derecho lo que están haciendo es un análisis y crítica de ellos mismos y su cultura. Ellos sabían lo que eran y es a través de su esfuerzo como podemos hacer algo parecido con nosotros mismos.<sup>671</sup>

Weisberg desafía la interpretación que sobre estas obras han hecho aquellos que han visto en la retórica brillante de sus protagonistas una filosofía inteligente y digna de emular, y nos descubre lo que para él se

---

<sup>669</sup> Richard weisberg, *The Failure of the Word*, op. cit., prefacio segunda edición.

<sup>670</sup> Sobre esta visión de Weisberg del Derecho en la literatura ver especialmente: Richard Weisberg, "The Codification of Western Law and The Poethics of Disclosure" op. cit., págs. 157 y ss.

<sup>671</sup> Richard weisberg, *The Failure of the World*, op. cit., pág. 13.

esconde, verdaderamente, detrás de ella.<sup>672</sup> Los abogados e intelectuales son los héroes de ficción en estas novelas, unos personajes que carecen de un firme sentido de sus valores pero que, con gran talento verbal, hacen uso del formalismo legal y la intelectualidad farragosa y pasiva a que, según Weisberg, dio paso la caída de los valores europeos. La calidad de la articulación que los escritores ponen en boca de estos protagonistas, casi siempre asegura a su poseedor simpatía más que una recepción crítica. Sin embargo, Weisberg muestra cómo los personajes articulados de estas novelas se sirven de los procedimientos legales y las formulaciones filosóficas para satisfacer sus más íntimas pulsiones de venganza o resentimiento. Detrás de las formas frías u objetivas de los procedimientos legales, a menudo se enmascaran u ocultan los propósitos subjetivos amargos de aquellas personas que las utilizan.<sup>673</sup> La pasividad intelectual y resentida característica de algunos de los personajes de estas novelas y los efectos negativos que produce en otros, adoptaría su máxima expresión en la obra de Camus *La Caída*. Aquella se revelaría en esta novela como un estado del intelecto y la sensibilidad inhibitoria de cualquier impulso hacia una resistencia activa y efectiva contra la fuerza bárbara, una forma de ser y de actuar que podría explicar, en parte, la respuesta de los juristas franceses en Vichy.<sup>674</sup>

## 1.2. El Resentimiento

Estas obras muestran, para Weisberg, el estado de una cultura en la que el resentimiento encuentra un campo fértil en el que asentarse. Marx Scheler dirige su atención a ese generalizado relativismo y su consiguiente resentimiento y estudia ese lento envenenamiento característico de los hombres resentidos. Éste emerge sutil y gradualmente a partir de un sentimiento no resuelto de insulto, el cual, afecta más al intelecto que a las emociones y conduce al individuo que lo padece a crear una falsa ética.

---

<sup>672</sup> *Ibid*, pág. 66.

<sup>673</sup> Ver especialmente en *Ibid*, págs. 4 y 5.

<sup>674</sup> *Ibid*, pág. 114.

Se trata de un malestar que tiende a tomar venganza institucional más que personal y espontánea. La cólera que emerge en él no se dirige a quien le produce el agravio, sino hacia terceras personas inocentes. Establecidos en el poder, los inteligentes representantes del resentimiento transmiten su enfermedad a la población pasiva.<sup>675</sup> Estas obras revelan que esa gente si está fuera del poder hace poco daño a excepción de sí mismos y del puñado de víctimas que son presas de su visión negativa. Sin embargo, también muestran que, en muchas ocasiones, esa gente consigue poder institucional.<sup>676</sup> En este sentido, la ficción moderna no expresa un rechazo al Derecho mismo sino, más bien, su temor hacia aquellos que lo controlan.

El tema moderno de la venganza no es para Weisberg un asunto marginal, sino una característica definitoria de los intelectuales contemporáneos. El autor se hace eco de las observaciones de Scheler sobre la probabilidad de que ciertos accesos de rencor difuso y envidia generalizada se extiendan en una época de igualitarismo burgués.<sup>677</sup> Este tipo de literatura es presentada entonces por el autor como el mejor medio para comprender los efectos complejos y destructivos que se pueden desprender de una igualdad teórica sobre ciudadanos no iguales jerárquicamente. En una democracia burguesa es fácil que el resentimiento surja entre aquellos que, viviendo en un sistema igualitario, sienten una discrepancia entre lo que ellos consideran que son y la posición que otros les conceden.<sup>678</sup> La literatura permite, según Weisberg, “a través de un equilibrio entre lo etéreo del postmodernismo y los

---

<sup>675</sup> Sobre el tema del resentimiento ver especialmente: Richard Weisberg, *the Failure of the Word*, págs. 13-41.

<sup>676</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., pág. 211.

<sup>677</sup> Ver especialmente: Richard Weisberg, *the failure of the Word*, op. cit., pág. 27.

<sup>678</sup> Weisberg considera que al fenómeno del resentimiento -como consecuencia destructiva de la igualdad teórica- no se le ha concedido la importancia que merece por los pensadores contemporáneos. Ver Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., pág. 211.

absolutos pasados de moda”,<sup>679</sup> investigar y evaluar el comportamiento de la gente en el poder así como reflexionar sobre los valores tanto del poder institucional como de aquellos cuyas vidas juzga.<sup>680</sup>

Frente a aquellas interpretaciones que han visto, por ejemplo, en la obra de Dostoievski *Apuntes del subsuelo*, un tipo de filosofía existencial, Weisberg realiza una lectura atenta (*close Reading*) de ella que le lleva a considerarla como una de las novelas donde el resentimiento alcanza su expresión más paradigmática.<sup>681</sup> Este tipo de lectura, descubre, en opinión del autor, una estructura doble en la novela. En la segunda parte de ésta se relatan diferentes sucesos frustrantes de la vida del protagonista, unos aspectos externos que explicarían la filosofía romántica del protagonista que se expone en la primera. La segunda parte desvelaría la perspectiva resentida desde la que las experiencias de juventud son vistas años después. Para Weisberg lo que pretende Dostoievski con esta estructura es que el lector ponga a prueba el lenguaje de libertad del protagonista frente a los detalles de su biografía. Las dos partes en que se divide la novela reflejan entonces, para el autor, la necesidad de examinar las premisas sobre las que se basan elevadas articulaciones.<sup>682</sup>

Las interpretaciones erróneas de esta obra son resultado, según Weisberg, de lecturas no atentas. Éstas han llevado a los críticos a simpatizar con la filosofía del protagonista, ya que en su análisis se han limitado a la primera parte de la obra, ignorando los hechos que inspiran ese pensamiento, y que se descubren en la segunda. Puede decirse que Weisberg entiende esta obra como una crítica de aquellos que hacen

---

<sup>679</sup> Richard Weisberg, *The failure of the Word*, op. cit., pág. 5.

<sup>680</sup> Ver Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., págs. 211-213.

<sup>681</sup> Weisberg realiza un estudio de esta obra en *The failure of the Word*, op. cit., págs. 28-40.

<sup>682</sup> Richard Weisberg, *Ibid*, págs. 34, 35 y 40.

alarde de su libertad pero cuya filosofía deriva de un resentimiento pasivo y una violencia reprimida.<sup>683</sup>

En las siguientes obras de Dostoievski *Crimen y castigo* y *Los hermanos Karamazov* las tendencias del protagonista de *Apuntes del Subsuelo* se trasladan al ámbito del Derecho, pudiendo apreciarse las consecuencias sociales, y ya no meramente personales, de la narrativa del resentimiento.<sup>684</sup> En una de estas obras, *Los hermanos Karamazov*, Weisberg realiza un interesante análisis de uno de uno de sus protagonistas, Ivan Karamazov. Para el autor, se trata de un personaje cuya obsesión por la libertad hace que ésta reemplace en su vida al amor. Su retórica acaba resultando, como consecuencia de ello, de un formalismo cruel y resentido. Weisberg descubre en este personaje una tendencia paradójica que sería definitoria de los intelectuales modernos, la de construir pensamientos resentidos y de carácter violento al servicio de una aparente visión nihilista del mundo. Iván, a diferencia de lo que muchos han visto en él, no es, para Weisberg, un rebelde, sino una persona que, desde su alma torturada, siente la necesidad de dirigir las emociones de los que le rodean dando enormes discursos. La rebelión, para el autor, requiere más que palabras, precisa de actos. Iván reacciona contra el ataque que suponen para la libertad y la espontaneidad las ideas del gran inquisidor,<sup>685</sup> pero infunde en todo el que se encuentra un amargado resentimiento. La lectura atenta de la novela permite conocer que éste es inspirado, en realidad, por la actitud de su padre. El no actúa, pero los que le escuchan (el hermanastro y el sirviente) absorben el

---

<sup>683</sup> *Ibid*, págs. 28 y 29.

<sup>684</sup> Un análisis de estas obras puede verse en *Ibid*, págs. 45 a 81.

<sup>685</sup> El gran inquisidor de *Los hermanos Karamazov* es para el autor una figura que encarna la cristiandad moderna organizada. Asombrado y trastornado por la figura del Nazareno, el inquisidor se apresura a desterrarlo de sus impresionables feligreses. Considera a Jesús un intruso inoportuno, un ejemplo de libertad que es anatema de su propio sistema ordenado. Frente a ello se alza la figura de Iván karamazov. Ver en: Richard Weisberg, *the Failure of the Word*, op, cit., pág. 66.

resentimiento y transforman esas estructuras narrativas resentidas en hechos violentos.<sup>686</sup>

Si en las novelas de Dostoievski la negatividad narrativa está en diálogo con temas religiosos, Weisberg descubre esa misma negatividad en la obra de Flaubert pero, en este caso, en diálogo con el heroísmo.<sup>687</sup> Para el autor, Flaubert, como algunos protagonistas de Dostoievski, asumió una especie de superioridad espiritual y condenó la realidad social y política de su tiempo. Pero lo hizo sin haberse insertado en ella. Frente a los románticos activamente políticos como Stendhal, Victor Hugo o Lamartine, Weisberg presenta a Flaubert como un escritor realista sin apenas experiencia personal y para quien el hecho de pertenecer al siglo XIX significaba estar bloqueado a toda condición heroica<sup>688</sup>. En *La educación sentimental*, Weisberg descubre a Frédéric, el protagonista de la novela, como la encarnación de ese carácter evasivo que siente a la vez una gran fascinación por el heroísmo que sería característico del propio escritor. La falta de voluntad de este personaje para actuar durante los momentos críticos de la historia de su tiempo sería reflejo de la indecisión de Flaubert, a lo largo de su vida, a participar en los movimientos políticos de sus días, aun cuando no dejó de criticar la sociedad en sus escritos.<sup>689</sup>

La quiebra de una cultura es apresada, en esta novela, en la profesión del protagonista. Este innovador uso del protagonista, según el autor, alcanzó un desarrollo más completo con el abogado Clamence en la obra de Camus *La Caída*, ochenta y cinco años más tarde. Para Weisberg, las obras de este escritor, *El Extranjero* y *La caída*, han de permanecer como un recuerdo poderoso del mal que producen los intelectuales

---

<sup>686</sup> Ver especialmente: *Ibid*, págs. 66 y 68.

<sup>687</sup> Para el estudio que el autor realiza de las obras de Flaubert ver: *Ibid*, págs. 85 a 113.

<sup>688</sup> Richard Weisberg, *The Failure of the Word*, op. cit., págs. 89 y 90.

<sup>689</sup> *Ibid*, pág. 104.



cuando permiten que estructuras formales reemplacen su innato sentido de justicia.<sup>690</sup>

El abogado protagonista de *La Caída*, Clamence, habla a una audiencia desconocida acerca del sonido de una misteriosa carcajada que le atormenta y que está debilitando el sentimiento de poder que poseía en el pasado. Ésta, en su anonimato, representa, para Weisberg, una acusación a la entera existencia de Clamence, trayéndole a su memoria algunos fracasos de su vida, como cuando no fue capaz saltar al Sena para evitar un suicidio. El autor la interpreta como una especie de autoironía a la excesiva admiración con la que, anteriormente, el abogado había visto sus logros profesionales. Weisberg muestra a Clamence como una persona que, habiendo participado a través de una aceptación pasiva en la injusticia, trata de convertir su fracaso personal en una filosofía farragosa.

Es precisamente la pasividad resentida de este personaje, duplicada por millones como él, la que ha tenido fatales consecuencias en el contexto de la historia del siglo XX. La caída de Clamence es, para Weisberg, la caída de una generación de europeos. Las instituciones literarias, jurídicas y religiosas fueron incapaces de suprimir la bestia en medio de ellos y cuando terminó la masacre de inocentes, esa cultura continuó, según el autor, como Clamence, en una postura ridícula de autoafirmación, sin haber aprendido nada de su articulada auto investigación y sin haber logrado concebir un sistema de valores que sirva de reemplazo.<sup>691</sup>

El que escucha a Clamence debe tomar al protagonista como un modelo negativo y no como un hombre inteligente y sofisticado. Tampoco debe aceptar la invitación, al final de su elaborada narrativa, de escabullirse de la primera persona que necesite ayuda en un puente parisino. El fracaso del protagonista en su manera de actuar se ganó la irónica carcajada que marcó su vida, pero el hecho de no haber aprendido

---

<sup>690</sup> Ver el estudio que el autor realiza de estas obras en: *Ibid.*, págs. 114 a 129.

<sup>691</sup> Ver especialmente: Richard Weisberg, *the Failure of the Word*, *op. cit.*, pág. 125.

nada de ello es, para Weisberg, doblemente deplorable.<sup>692</sup> Fueron muchos, para el autor, los franceses y europeos cultivados que percibieron sus situaciones como Clamence. Un ejemplo de ello serían los abogados de Vichy, los cuales no fueron capaces de hacer frente como es debido a las grotescas realidades que tenían delante.<sup>693</sup> Lo que es importante para Weisberg es que comprendamos que no debemos seguir comportándonos, como profesionales del Derecho, igual que este personaje y, por ello, nos urge a aprender y reaccionar ante los fracasos del pasado.

Estas obras enseñan sobre la necesidad de estar alerta ante la posible y frecuente ocultación de fines subjetivos resentidos, incompatibles con toda posibilidad de justicia, tras la supuesta objetividad de los procedimientos legales y las retóricas brillantes tan en valor en toda cultura relativista. Ésta carece de referentes éticos y ya no sirven los antiguos valores del heroísmo y la cristiandad. Estos novelistas modernos son conscientes de su propia participación en la cultura del relativismo y del ingenio<sup>694</sup> que caracterizó a su época, y encontraron en las figuras ingeniosas del mundo legal un reflejo de ellos mismos. Estas figuras, como puede apreciarse en las novelas que protagonizan, en lugar de juzgar, utilizan con demasiada frecuencia argumentos falsos, engañosos y astutos, poniendo todo su esfuerzo al servicio del proceso creativo de reformular la realidad para fines subjetivos resentidos. Weisberg, con la crítica de estas obras, insta a estar alerta de este fenómeno, lo cual es una advertencia oportuna en una cultura en la que el nihilismo gana terreno y en la que el resentimiento supone un riesgo real como consecuencia de la igualdad teórica de nuestras democracias. Con el abogado Clamence de Camus, el autor pondría de manifiesto que sólo el reconocimiento de los errores del pasado no es suficiente. Es necesario aprender de ellos de

---

<sup>692</sup> *Ibid*, pág. 129.

<sup>693</sup> *Ibid*, pág. 126.

<sup>694</sup> Sobre la contraposición que realiza el autor entre el juicio y el ingenio ver: Richard Weisberg, "The Codification of Western Law and the Poethics of Disclosure", *op. cit.*, págs. 159-162.

forma que algún tipo de ética emerja y guíe el comportamiento de los prácticos del Derecho en el futuro. Si no, estaremos condenados a repetirlos.

## 2. *Procedural Novels*

Las novelas de algunos de estos autores continentales<sup>695</sup> enseñan, como se decía, a ser escépticos con la palabra y, especialmente, con la palabra más efectivamente empleada por personas inteligentes y articuladas en posiciones de poder institucional. Los abogados que pueblan estas obras así como las de otros muchos escritores como Melville, Kafka, Faulkner y otros más próximos como Barth, Malamud y Doctorow, son presentados por los novelistas no con el propósito de hacer de ellos una mera caricatura o sátira social, sino que, como se ha visto en la novela moderna continental, al ser personas enormemente articuladas y con una inclinación a reordenar la realidad de forma narrativa, constituyen la mejor metáfora de la empresa del escritor. De este modo, cuando los valores personales de los abogados protagonistas caen bajo el signo de un mal psíquico interno (resentimiento), lo que están haciendo los escritores es cuestionar su propio trabajo como tales.

Es desde esta misma perspectiva desde la que el autor aborda un conjunto más amplio de novelas que reúne bajo la denominación de "*procedural novels*."<sup>696</sup> El elemento más característico y común a todas

---

<sup>695</sup> Sobre el estudio que el autor lleva a cabo de la novela continental como *procedural narratives*, es decir, atendiendo al profundo significado que tiene la estructura en ellas ver: Richard Weisberg, *The Failure of the Word*, *op. cit.*, págs. 115 a 122.

<sup>696</sup> Weisberg hace una relación de novelas que toda lista de *procedural narratives* debería incluir: Camus, *El extranjero*; Dostoievski, *Crimen y Castigo* y *Los hermanos Karamazov*; Faulkner, *Santuario*; Malamud *The Fixer*; Melville, *Billy Budd*; Wassermann, *der Fall Maurizious*; y Wright, *The Native Son*; además incluye un conjunto de obras que califica de "*modified*" *procedural narratives*, y que por tanto presentan alguna variación respecto a la estructura característica de las *procedural novels*, entre las que estarían: Barth, *The Floating Opera*; Camus, *La chute*; Conrad, *Lord Jim*; Doctorow, *El libro de Daniel*; Durrenmatt, "*Die Panne*"; Faulkner, *Intruder in the Dust*; Foster, *Pasaje a la india*; Kafka, *El proceso*; Lee, *To Kill a Mockingbird*; Melville, *Benito Cereno* y Twain, *Pudd'n head Wilson*. Ver en Richard Weisberg, "Law in and As Literature: Self-Generated meaning in the Procedural Novel", *op. cit.*, nota. 9, pág. 226.

ellas es la función trascendental que en la presentación de su tema fundamental (la descripción de una investigación legal) ejerce la utilización de una idéntica estructura tripartita. Es precisamente ésta, según Weisberg, la que proporciona al lector la posibilidad de verificar los hechos anteriores al proceso en el que son juzgados, de manera que sea capaz de evaluar la interpretación que, de forma sucesiva, los actores legales hacen de ellos. Le permitirá detectar las interpretaciones meramente subjetivas pero brillantemente articuladas que se hacen de aquellos, y sentir la injusticia de las consecuencias que éstas producen sobre sus víctimas.

En la primera parte de la estructura se narra el suceso mismo, el cual, en muchas ocasiones, consiste en un crimen.<sup>697</sup> La segunda parte suele ser una investigación preliminar que culmina en una nueva versión del suceso. A menudo, aunque no necesariamente, hay un juicio que produce la tercera versión narrativa del incidente producido. La descripción del juicio en estas novelas no es necesaria, según Weisberg, porque la *procedural narrative* a diferencia, por ejemplo, de la escena de juicio teatral, se interesa menos por la resolución de los conflictos que por la exposición de versiones narrativas sucesivas de sucesos anteriores verificables.<sup>698</sup> Y es que, para el autor, lo que retratan con gran cuidado estos novelistas es el sutil distanciamiento que las sucesivas interpretaciones van experimentando con respecto al relato original de los hechos. A éste relato original (*original account*) Weisberg lo denomina “posición anterior”. La accesibilidad a través de la *procedural narrative* a la posición anterior crea una diferencia entre el fenómeno literario y la investigación de un suceso en la vida real. El autor pone el ejemplo de un accidente de tráfico del que seis personas son testigos. Diez minutos más

---

<sup>697</sup> Weisberg señala que aunque en la mayoría de las novelas el suceso es un crimen, como en *Crimen y Castigo*, *El Santuario* o *The Fixer*, también puede tratarse de un suceso no criminal. Ver en Richard Weisberg, “Law in and As Literature: Self-generated Meaning in the Procedural Novel”, *op. cit.*, pág. 227.

<sup>698</sup> Sobre la estructura de estas novelas ver: Richard Weisberg, “Text into Theory”, *op. cit.*, págs. 981 y ss.

tarde habrá seis versiones del suceso pero ¿Qué es lo que ha sucedido en realidad?<sup>699</sup> En estas novelas, “lo que ha sucedido realmente” se encuentra disponible al lector con sólo retroceder en las páginas a la posición anterior. Aquí podrá encontrar una realidad anterior identificable frente a la cual la investigación legal y el resultado deben ser enjuiciados. Esta posición anterior ocupa un lugar y una extensión privilegiada en estas novelas y es elevada en las mismas al nivel de verdad.<sup>700</sup>

Weisberg señala que el efecto que esta estructura produce en la novela es lento y lleva su tiempo. Y es que este tipo de obras exigen que sus lectores fijen su atención en todos los detalles que se revelan, comportándose como lo haría el jurado en un juicio complicado.<sup>701</sup> Sin embargo, el autor denuncia que en novelas como *Los hermanos Karamazov*, *El extranjero* o *Billy Budd*, son pocas las interpretaciones en las que se haya prestado verdaderamente atención a esos detalles fundamentales.<sup>702</sup> Muchos lectores han fracasado en su papel como jurados, al no haberse podido resistir a la seducción de un lenguaje articulado y haber aceptando entonces, sin ofrecer resistencia, la perspectiva del abogado inteligente. Esta resistencia requeriría, y es lo que nos pide la estructura de la novela, asegurarse de que las sucesivas interpretaciones de los hechos narrados en la posición anterior son adecuadas. Este proceso obligaría al lector, inevitablemente, a volver a aquellas páginas en las que el suceso inicial es relatado.<sup>703</sup> De esta manera y de forma gradual, el lector acabará apreciando que el abogado que

---

<sup>699</sup> Richard Weisberg, “Coming of Age Some More: Law and Literature Beyond the Cradle”, *op. cit.*, pág. 119.

<sup>700</sup> Richard Weisberg, “Law In and As Literature: Self-generated meaning in the Procedural Novel”, *op. cit.*, pág. 226.

<sup>701</sup> Richard weisberg, “Text into Theory”, *op. cit.*, pág. 981.

<sup>702</sup> Richard Weisberg, “ Law In and As Literature: Self-generated Meaning in the “Procedural Novel”, *op. cit.*, pág. 227.

<sup>703</sup> Sobre la necesidad de romper el viaje a través de las páginas del texto para volver a las iniciales donde se narra el suceso, ver, por ejemplo: Richard Weisberg, “The Codification of Western Law and the Poetics of Disclosure”, *op. cit.*, pág. 164, donde el autor lo explica en la lectura de *Los hermanos Karamazov*.

conduce la investigación, a pesar o debido a su facilidad verbal, pierde casi toda la visión de la posición anterior. Se desvela entonces que ese discurso racional, utilizado bajo la apariencia de objetividad e imparcialidad, enmascara, sin embargo, ambición profesional, envidia, resentimiento o falta de poder.<sup>704</sup>

Una enseñanza de todo ello sería que esas transgresiones de la verdad sólo pueden ser evitadas a través de la más cuidadosa atención a las personas, los textos y los hechos, los cuales tienen el derecho a ser independientes a nuestras propias idiosincrasias.<sup>705</sup> Aquellas falsificaciones sólo podrán ser detectadas si el lector hace lo que, en opinión de Weisberg, estas novelas le piden: que desafíe su *profesional proclivity* y se convierta en un escéptico de la palabra.<sup>706</sup> Como Weisberg defiende y estos escritores revelan a través de la estructura de sus novelas, las distorsiones sobre los hechos y las personas son una condición de toda empresa que busque investigar sobre una realidad dada y darle un significado de forma narrativa.<sup>707</sup>

Estas *procedural novels* son, para Weisberg, el camino para la comprensión hermenéutica. Esta estructura legal integrada en la ficción proporcionaría un criterio interpretativo hacia la primacía del texto que supone reconocer que éste tiene un significado aparte de cualquier intérprete o audiencia. Su lectura requiere entonces una alianza con la objetividad del texto, a diferencia de aquellas otras obras o textos que pudieran pedir otras estrategias interpretativas.<sup>708</sup>

---

<sup>704</sup> Richard Weisberg, "Law In and As Literature: Self-Generated meaning in the "Procedural Novel", *op. cit.*, pág. 229.

<sup>705</sup> *Ibid*, pág. 231.

<sup>706</sup> *Ibid*, pág. 229.

<sup>707</sup> Richard Weisberg, *The failure of the Word*, *op. cit.*, pág. 115.

<sup>708</sup> Ver, por ejemplo, Richard Weisberg, "Text into Theory", *op. cit.*, pág. 946 y "Law In as Literature: Self-Generated Meaning in the "Procedural Novel", *op. cit.*, pág. 225.

La observación clave de Weisberg en el campo de la hermenéutica es que “el texto conduce a la teoría y no al revés”.<sup>709</sup> En este sentido son los diferentes tipos de textos los que llamarían, según el autor, a diferentes enfoques o teorías interpretativas y esto sería aplicable tanto a los textos jurídicos como literarios. Desde este punto de vista, habría un amplio espectro de textos. Éste iría desde aquellos que demandan una adherencia al texto objetivo mismo y, por tanto, una respuesta de sus lectores despersonalizada, casi anestésica, como sería el caso de las *procedural narratives*, al otro extremo, que lo constituirían aquellos textos que dan al lector casi todo el poder para reaccionar hacia ellos como quiera o pueda, como *Finnegan’s wake* de Joyce o *The Sound and the Fury* de Faulkner. Estas últimas exigirían del lector un máximo de *reader response*.<sup>710</sup>

En las *procedural narratives*, la propia estructura de la novela pide específicamente al lector, como se ha visto, que sea escéptico con la libertad interpretativa. Actuando como un jurado, en un primer lugar se le hace sentir cierto hechizo hacia las palabras articuladas del intérprete, para hacerle notar, sin embargo, de forma gradual, que la inteligencia de éste está trabajando al servicio de su propio interés, percibiéndose entonces, cada vez con mayor intensidad, el atractivo de la posición anterior. A medida que la interpretación del abogado se mueve sutilmente de pequeñas a mayores falsificaciones, la posición anterior, el relato de lo sucedido, clama por atención, alcanzando gradualmente para el lector el nivel de verdad objetiva.<sup>711</sup> En muchas de estas obras esa interpretación articulada y desviada de los hechos, sin embargo, prevalece, cometiéndose el error judicial.<sup>712</sup>

---

<sup>709</sup> Richard Weisberg, “Text into Theory”, *op. cit.*

<sup>710</sup> *Ibid*, pág. 980.

<sup>711</sup> *Ibid*, pág. 983.

<sup>712</sup> *Ibid*, pág. 985.

Una enseñanza de valor para los abogados de estas *procedural novels* consistiría en que en ellas se afirma un concepto llamado “verdad” (la posición anterior) que es independiente de ellos mismos. Pero para poder acceder a esta enseñanza es necesario seguir la estrategia interpretativa demandada por este tipo de textos, que es, como se ha visto, la de una lectura atenta al detalle y a la estructura total de la obra.<sup>713</sup>

Es la cultura que reflejan estas obras de un formalismo estético, pero meramente subjetivo y alejado o distorsionador de la realidad, lo que estos autores denuncian en la literatura a través de la reproducción de ese mismo fenómeno en el Derecho. La enseñanza de estas novelas y el tipo de lectura que demandan es, según el autor, del todo pertinente para la formación de unos juristas como los de finales del siglo XX y comienzos del XXI, que han sido educados en una cultura posmoderna negadora de toda idea de verdad o referente y en la que cobran cada vez más fuerza las teorías interpretativas de *reader response*, es decir, aquellas que conceden todo el poder interpretativo al lector y cuya influencia en los prácticos del Derecho tiene entonces el riesgo de que conductas como las de los abogados franceses se repitan de nuevo.<sup>714</sup>

Puede decirse, por tanto, que las conclusiones de Weisberg en el aspecto más teórico del movimiento “Derecho y Literatura” y que se refiere a la interpretación del Derecho, se encuentran vinculadas a los acontecimientos ocurridos en la Francia de Vichy, unos sucesos que, desde su punto de vista, hacen inevitable el cuestionamiento de la aplicación al Derecho de las teorías literarias ultra posmodernas, como la de las “comunidades interpretativas” de Fish. Lo sucedido en Francia durante este período demuestra, para Weisberg, que los abogados no

---

<sup>713</sup> El método estructural de estas novelas pide que se utilice todo el texto para entender cada parte del mismo. Ver en el estudio que hace el autor de *Billy Budd*, en Richard Weisberg, *Poethics, op. cit.*, págs. 108 y 110. Son por tanto estas obras ilustrativas también de lo que Weisberg define como *poethic method* y Cardozo *The architectonics of the opinions*.

<sup>714</sup> Ver, por ejemplo, Richard Weisberg, *Poethics, op. cit.*, Prefacio.



pueden confiar únicamente en las prácticas de su profesión,<sup>715</sup> como defiende Fish.<sup>716</sup> No es posible excluir, como pretende este autor, la posibilidad o pretensión de establecer límites objetivos sobre su ejercicio. Para Fish, ningún texto existe al margen de su práctico y de la comunidad a la que pertenece.<sup>717</sup> Pero, para Weisberg, lo ocurrido en la comunidad de abogados franceses evidencia el peligro que conlleva la aceptación, por parte de las comunidades de profesionales, de teorías que nieguen la existencia de textos como una realidad aparte de cualquier lector o grupo de lectores.<sup>718</sup> El autor considera a las teorías post holocausto que aparecen para liberar la retórica legal de las normas éticas como bueno inoportunas y en lo peor perversas.<sup>719</sup>

### 3. La novela moderna y contemporánea anglo-americana; El abogado en la literatura

Weisberg analiza también un conjunto de obras de la literatura moderna y contemporánea centrándose o deteniéndose, esta vez, en la figura misma del abogado.<sup>720</sup> Aunque en las obras de ficción que estudia - las cuales pertenecen sobre todo al siglo XIX y XX- la imagen que se presenta del abogado es peyorativa y, a veces, casi caricaturesca, el autor defiende que, sin embargo, un determinado análisis y discusión sobre la figura del abogado que presentan estos textos, pueden proporcionar mucho más que una simple diversión masoquista. Weisberg ve en ellas

---

<sup>715</sup> Weisberg señala Vichy como la prueba del fracaso e invalidez de la teoría de Fish y se aproxima a posiciones como la defendida por Fiss. Es la dirección señalada por este autor, en el sentido de reconocer unas "*disciplinig rules*" que limiten y orienten la actividad interpretativa el camino que debe seguir la teoría interpretativa. Ver en *ibid*, pág. 145.

<sup>716</sup> Ver en Richard Weisberg, "Fish Takes the Bait: Holocaust Denial and Post- Modernist Theory" *op. cit.*, especialmente págs. 137 y ss.

<sup>717</sup> Stanley Fish, Is there a text in this Class? *Op. cit.*

<sup>718</sup> Richard weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, págs. 172-175.

<sup>719</sup> *Ibid*, pág. 145.

<sup>720</sup> Ver en *Ibid*, págs. 34-92.

enseñanzas que pueden resultar especialmente útiles y dignas de ser incorporadas a la formación y práctica de los abogados,<sup>721</sup> en unos tiempos, como eran los comienzos de los ochenta, en los que los abogados parecían estar alejándose de sus raíces humanísticas.<sup>722</sup> En este sentido el autor recuerda, junto a Cardozo, el doble ánimo que llevó a Wigmore a principios del siglo XX a proponer una lista de “100 *Legal Novels*” para abogados: por un lado atraer a esa audiencia profesional a la lectura y, por otro, ayudar a los abogados a encontrar esos aspectos de su profesión que habían sido relegados al pensamiento general y a la literatura.<sup>723</sup> Para Weisberg, cuando Wigmore afirmó que todo abogado debía estar familiarizado con las obras de ficción que tratan sobre Derecho, estaba diciendo algo que sentía debía enfatizarse en una profesión crecientemente especializada, técnica y poderosa. Los abogados, carentes de un instinto profesional hacia lo literario, necesitaban que se les recordara, a comienzos del siglo XX, lo que por otra parte siempre se había sabido: “que el Derecho se encuentra vinculado a la cultura literaria en la que es practicado y significativamente enriquecido por este vínculo.”<sup>724</sup>

Sin embargo, como ya se ha hecho alusión anteriormente, la cultura jurídica a comienzos de los años ochenta, se encontraba muy lejos de la asumida por Wigmore y la pedida por Cardozo.<sup>725</sup> Para Weisberg sus palabras cobran de nuevo todo el sentido en unos tiempos en los que los recursos con los que cuentan los abogados no vienen del mundo literario

---

<sup>721</sup>Richard weisberg, “Coming of Age Some More: Law and Literature Beyond the Cradle,” *op. cit.*, págs 113-115.

<sup>722</sup>Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, pág. 35.

<sup>723</sup>Richard Weisberg, *Ibid*, pág. 34. Sobre la lista de 100 novelas sobre Derecho y la actualización de la misma llevada a cabo por Weisberg ver: “Wigmore’s Legal Novels’ Revisited: new Resources for the Expansive Lawyer,” 71 *Northwestern L. Rev.* 17 (1976) y “Wigmore’s Legal Novels’ Expanded: A Collaborative Effort” (with Karen L. Kretschman), 7 *Maryland Law Forum* 94 (1977). *Repr.* 50 *N.Y.S Bar Journal* 122 (1978).

<sup>724</sup>Richard Weisberg, “Coming of Age Some More: Law and Literature’ Beyond the Cradle,” *op. cit.*, pág. 107.

<sup>725</sup>Richard Weisberg, *Ibid*, pág. 109.

sino del de las ciencias sociales pero en los que, sin embargo, los abogados continúan enfrentándose a cuestiones que hacen necesario, además, otro tipo de conocimiento.

Weisberg, retomando los planteamientos de Cardozo y Wigmore, escoge algunas obras de la literatura inglesa y norteamericana como: *La casa desolada* y *Grandes esperanzas* de Charles Dickens, *The Floating Opera* de John Barth, *Billy Budd* de Melville, *Intruder in the Dust* de William Faulkner o *El mercader de Venecia* de Shakespeare,<sup>726</sup> y señala que el estudio en conjunto de la figura y actuación de sus abogados protagonistas enseña sobre unos cuantos asuntos básicos para el abogado.<sup>727</sup> Para Weisberg, estas obras podrían hacerle tomar conciencia y reconsiderar sus propios valores y su vida personal al constatarse en ellas que son factores que inevitablemente influyen sobre su trabajo. También resultarían especialmente idóneas para la comprensión de los aspectos fundamentales que habrá de tener presente y saber manejar en su esencial tarea de comunicador. Finalmente, el autor ve, en algunas de estas obras, el mejor instrumento para inspirar en el práctico del Derecho un sentido integrador y no excluyente de la justicia. Son todos asuntos trascendentales para el Derecho que, de otra manera, según Weisberg, serían ignorados, no percibidos o destacados como merecen por la enseñanza tradicional.<sup>728</sup>

---

<sup>726</sup> Un estudio de estas obras puede encontrarse en *Poethics*, *op. cit.*, pág. 34-117.

<sup>727</sup> Richard Weisberg, "Coming of Some More: Law and Literature Beyond the Cradle," *op. cit.*, pág. 115.

<sup>728</sup> Weisberg se refiere fundamentalmente a cuatro: cómo comunica un abogado; Cómo un abogado trata a gente y grupos que se encuentran fuera de la estructura de poder; Cómo razona un abogado; Cómo siente un abogado. Se tratarán, sin embargo, principalmente las dos primeras, por su especial significado en el conjunto de su obra. Ver en *Poethics*, *op. cit.*, pág.35 y ss.

### 3.1. Comunicación eficaz pero éticamente cuestionable

Los problemas que pueden plantearse en todo acto comunicación con una audiencia son, para Weisberg,<sup>729</sup> una de las cuestiones presentadas por los novelistas en estas obras que mayor interés tiene para los abogados de finales del siglo XX.

La atracción de estos escritores, por ejemplo, de Dickens o Faulkner, por la figura del abogado (Mr Jaggers y Gavin Stevens respectivamente) tiene de nuevo su explicación, según Weisberg, en un sentimiento de identidad más que de oposición entre escritores y abogados. Estos segundos son vistos por los primeros, como el mejor vehículo para articular sus incertidumbres más profundas acerca del acto de comunicación que define su trabajo.<sup>730</sup> Desde este punto de vista, Weisberg señala que el interés formativo de estas novelas reside en la confrontación a la que los novelistas someten a sus lectores con respecto a los riesgos que pueden derivarse de una comunicación brillante y eficaz pero manipuladora, éticamente cuestionable y que, en muchas ocasiones, es convertida en un fin en sí misma.<sup>731</sup>

Estas obras reflejarían, como se ha dicho, una identificación entre el abogado articulado y el escritor ingenioso que, como se ha apreciado ya en los epígrafes anteriores, resulta estéticamente fascinante pero éticamente problemática.<sup>732</sup> Weisberg presenta, como se verá más extensamente a continuación, al capitán Vere en *Billy Budd* de Melville como el mejor ejemplo para captar esa retórica brillante y eficaz que, sin embargo, persigue fines éticos cuestionables. El abogado de esta novela, Vere, conoce perfectamente lo que la audiencia interesada “sabe” oír. Es

---

<sup>729</sup> *Ibid*, pág. 36. También ver en “Richard Weisberg “Three Lessons from Law and Literature”, *op. cit.*

<sup>730</sup> Ver por ejemplo, Richard Weisberg, “the Codification of Western Law and the Poetics of Disclosure”, *op. cit.*, pág. 159.

<sup>731</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, pág. 38.

<sup>732</sup> *Ibid*, pág. 40.

de esta manera como logra convencerla, pese a que estuviera poco dispuesta a admitir sus argumentos sobre la culpabilidad y la necesidad de ejecución del que en la obra se presenta como el marinero ejemplar, Billy. Conoce bien lo que su audiencia necesita oír e introduce, entonces, en su discurso la palabra "motín", convirtiéndola en un elemento clave de su argumentación,<sup>733</sup> pese a no ser el motivo por el que finalmente sea colgado el marinero.<sup>734</sup>

Otro de los abogados de la literatura presentados por Weisberg como más exitosos y persuasivos es Portia, en el *Mercader de Venecia*<sup>735</sup> de Shakespeare. Al igual que Vere, encuentra las palabras adecuadas para abrumar a su audiencia y llegar al resultado legal que desea. Esta persuasiva abogada de ficción logra convencer a su audiencia en su discurso más famoso encontrando la palabra adecuada. En este caso es "clemencia",<sup>736</sup> aunque no pretendiera tampoco ningún trato de este tipo para la persona frente a la que se defendía, Shylock.

Tanto Shakespeare como Melville demuestran, según el autor, que las audiencias responden a la música de las palabras incluso más que a su sentido racional o lógico, ya que sus sonidos siempre apelan, de forma deliberada, a sus valores e intereses.<sup>737</sup> Es precisamente a este hecho al que se refiere otro de los escritores citados, Tom Barths, a través de una de las reflexiones de su abogado de ficción, Todd Andrew. Ésta aparece recogida en el capítulo diez de la novela *The Floating Opera*: "Los hombres son más atraídos por el ingenio que por la justicia y, los jueces, no menos

---

<sup>733</sup> Ver, Herman Melville, *Billy Budd*, Cátedra, 2009, págs. 282-283.

<sup>734</sup> *Ibid*, pág. 287.

<sup>735</sup> *El Mercader de Venecia* es de las obras más estudiadas en "Derecho y Literatura". Ver B. J. Sokol and Mary Sokol, "Shakespeare and the English Equity Jurisdiction: The Merchant of Venice and the Two Texts of King Lear", *The Review of English Studies*, New Series, Vol. 50, Nº 200, 1999, págs. 417-439.

<sup>736</sup> William Shakespeare, *El mercader de Venecia*, Cátedra, 2005, págs. 143-144.

<sup>737</sup> Richard Weisber, *Poetics*, *op. cit.*, pág. 39.

que otros hombres, son movidos por consideraciones más estéticas que judiciales”.<sup>738</sup>

Esta elocuencia que además de brillante es eficaz, maravilla al lector. Tanto, que muchos han quedado igualmente persuadidos por los discursos brillantes y persuasivos de estos abogados de ficción, sin conseguir ver más allá. La lectura cuidadosa que realiza Weisberg de estas novelas descubre, sin embargo, la verdadera y más importante enseñanza que pueden proporcionar estas obras. Para el autor, estos abogados de ficción son desafiados por sus escritores a cumplir un estándar más alto: “el de la unión de ese discurso brillante con la justicia y no su cínica e interesada división.”<sup>739</sup> Los escritores, en estas novelas, unen el acto de comunicación de sus abogados al resultado que éste produce. Según Weisberg, la aniquilación o destrucción que en estas obras se muestra de las víctimas de estos abogados transmite, poderosamente, cómo este tipo de elocuencia puede distorsionar la justicia. Para el autor, por tanto, estas obras, como también podría decirse de algunas de las que ya se han estudiado en los epígrafes anteriores, están ahí o permanecen para pedir a los lectores justicia a través del lenguaje y no una elocuencia despojada de toda ética. También constituirían una advertencia a las audiencias no interesadas, recordándoles que ellos, como miembros informados de la ciudadanía, deben estar en guardia frente al discurso eficaz que esconde engaño.<sup>740</sup>

### 3.2. Vida pública y vida privada de los abogados

En las obras estudiadas hasta ahora, la brillantez retórica del abogado y su poder en el procedimiento son percibidos por los escritores de ficción moderna como habilidades disociadas de toda ética o empatía. Para Weisberg, resulta significativo que la ficción seria no haya podido

---

<sup>738</sup> Richard Weisberg, *Ibid*, nota 45, pág. 257.

<sup>739</sup> Richard Weisberg, *Ibid*, pág. 40.

<sup>740</sup> *Ibid*.

considerar la justicia o el mérito personal como correspondientes con el éxito legal.

El autor estudia a estos personajes y hace un catálogo de algunas de las características que suelen acompañar a los abogados de ficción con éxito. Weisberg advierte en ellos un gran dominio de la comunicación verbal, del que hacen continuamente alarde y mediante el cual consiguen controlar todas las situaciones. También tienen una manera característica de trabajar. Normalmente son profesionales compulsivos, aislados y que suelen brillar más en soledad que en grupos. Muchos de ellos sufren, además, un escepticismo insano que bordea la misantropía. En muchas ocasiones ponen los intereses de sus clientes por encima del comportamiento ético. Aunque a la mayoría les gusta tener importantes honorarios, sin embargo, son personas que raramente gastan dinero.

Weisberg percibe que los escritores no permiten tener a los abogados de talento de sus novelas una vida personal llena. Muchos son solteros y aunque tienen habilidad para dirigir las vidas de los otros, no participan de lleno en la suya propia.<sup>741</sup>

Este análisis de las características de los abogados en un conjunto de novelas estaría destapando, como ningún otro medio podría hacerlo, la

---

<sup>741</sup> Para Weisberg, el paradigma del abogado que reúne estas características es Mr Jaggars, el abogado de Dickens en *Grandes esperanzas*. Muchos personajes ingleses o americanos posteriores varían muy poco con respecto a éste. Con él, sin embargo, los clichés típicos de la enraizada iconoclastia de la literatura continental y de las caricaturas demasiado duras de las obras más tempranas de Dickens como *La Casa desolada* se suavizan hacia figuras más sutiles. Retratado como conservador, el abogado salvaguarda a la percepción, sin que necesariamente los apruebe, los intereses de sus clientes. Mr Jaggars habla con exactitud, es tiránico y distante, pero tiene una humanidad subyacente que revela en algunas acciones y en sus momentos de inseguridad. Como muchos otros abogados de la literatura, posee cualidades que comparte sólo con el novelista que los ha creado, como la inteligencia, la capacidad de observación y su articulación. En esta novela tanto el Derecho como el abogado protagonista son tratados por el escritor de forma imparcial. Desde ese punto de vista de identificación entre el escritor y el abogado retratado en la novela, Weisberg ve personificado en Jaggars el alto precio personal que deben pagar los abogados, al igual que los novelistas, por la excelencia profesional. El mismo escritor que reconoce el valor de una existencia profesional, pero no le concede sin embargo al personaje el integrarse en un todo personal armónico. Parece que esas características que hacen a los abogados tan útiles a los clientes y a la sociedad les quita a ellos de una existencia plena y apasionada. Ver en *Ibid*, págs. 55-67.

vida privada de éstos: cómo su trabajo puede afectar a su vida personal y ésta a su actuación pública.<sup>742</sup>

### 3.3. Comunicación ética pero, esta vez, poco eficaz

Weisberg, a través de un examen global de las obras de literatura sobre abogados del siglo XIX y XX observa, sin embargo, que en la literatura norteamericana del siglo XX la imagen del abogado se modifica, ya no es tan peyorativa como la de los novelistas del siglo XIX. Frente al retrato sombrío de los abogados de la literatura moderna continental y de algunas obras de Dickens como el de Mr. Tulkinghorn o Mr. Vholes en *La Casa desolada*, la cultura literaria norteamericana consigue tener palabras amables para los abogados, produciendo figuras comprensivas que, sin embargo, no consiguen éxito profesional. A éstas el autor las clasifica en tres categorías:<sup>743</sup>

1. Abogados que no tienen una práctica profesional importante: como Pudd'nhead Wilson de Mark Twain.<sup>744</sup>
2. Abogados que pierden sus casos: como Max en *Native Son* de Richard Wright, Horace Benbow en *Santuario* de Faulkner o Ascher en *El libro de Daniel* de E.L Doctorow.
3. Abogados que pierden algo más que sus casos. Sus vidas terminan sin resolver nada: como Sir Thomas en *A Man for All Seasons* de Robert Bolt o Bibikov en *The Fixer* de Malamud.

El éxito profesional del abogado, su retórica brillante y eficaz es apreciada por los escritores de la ficción moderna, según Weisberg, como disociada de toda empatía y ética. Sin embargo, parece que cuando esto

---

<sup>742</sup> *Ibid*, págs. 35 y 65.

<sup>743</sup> La modificación que representan algunas obras de ficción norteamericana con respecto a la figura del abogado de la novela moderna continental y las tres categorías bajo las que el autor clasifica a estos abogados más amables puede verse en: Richard Weisberg, "Coming of Some More: Law and Literature Beyond the Cradle", *op. cit.*, págs. 116-122 y Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, págs. 51-92.

<sup>744</sup> Este abogado, analizado por Robin West en "Adjudication is not Interpretation" *Tennessee Law Review*, es para Weisberg el mejor ejemplo de este primer caso. Aunque graduado en una buena escuela de Derecho, el protagonista de Twain tiene que esperar veinte años para defender un caso.



último existe, como ocurre con los abogados de la literatura norteamericana del siglo XX, es poco probable que ese éxito profesional se produzca. Esta literatura pondría de manifiesto que abogados que son excelentes seres humanos con un firme sentido de justicia pueden tener, sin embargo, una actuación profesional poco eficaz. Esto supone un cambio con respecto al comportamiento de los abogados en la literatura moderna en la que, como ya se ha visto, famosos abogados de ficción, con un recorrido profesional impecable son, sin embargo, seres humanos empobrecidos.<sup>745</sup> La conclusión, por tanto, podría ser que todo ello es necesario en la profesión de abogado: una vida personal plena, empatía, un comportamiento ético y no solo orientado para los fines subjetivos más inconfesables pero, también, una actuación profesional que sea eficaz.

Hasta ahora en este *syllabus* se habría puesto un énfasis especial en conseguir que los abogados y los jueces aprendan a ser críticos o escépticos con la palabra brillantemente utilizada; En que sean capaces de desafiar y tratar de mejorar sus propias motivaciones ya que éstas inevitablemente influirán en su trabajo; En que lleguen a tomar conciencia del riesgo de injusticia que puede derivarse de una comunicación eficaz que prescinde o se desliga de toda finalidad ética. El autor ha extraído de la interpretación de todas estas obras un contenido ético o sentido de justicia (basado en la máxima atención a los hechos, textos y personas).

Pero como demuestran los abogados de la literatura norteamericana, de nada serviría adquirir ese informado sentido de justicia si luego no se es capaz de comunicar eficazmente. La literatura, como ya se ha visto, también tendría mucho que enseñar a este respecto. Hace escasas líneas se mencionaba a dos de los abogados de ficción sobre cuyas dotes de persuasión Weisberg llamaba la atención: Portia en *El mercader de Venecia* de Shakespeare y el capitán Vere en *Billy Budd* de Melville. Ambos consiguen abrumar a su audiencia, logrando obtener con ello el resultado legal que deseaban. Lo consiguen porque los dos conocen

---

<sup>745</sup> Ver, con respecto a estas conclusiones, por ejemplo: Richard Weisberg, "Coming of Some More: Law and Literature beyond the cradle", *op. cit.*, pág. 117.

lo que su audiencia sabe oír y encuentran las palabras adecuadas que apelan a sus valores e intereses. La clave de la lección sobre eficacia que el autor quiere transmitir a los abogados consistiría en que ésta no ha de cifrarse sólo, como es corriente que hagan los abogados, en el rigor, la exhaustividad o la lógica jurídica<sup>746</sup> sino, también, como enseñan los abogados de shakespearare y Melville, en conocer o tener en mente a la audiencia interesada, sus necesidades y valores, en definitiva, en saber para quién se escribe.<sup>747</sup>

Weisberg encuentra en el estudio y análisis de la actuación de los persuasivos personajes de estas novelas, un medio idóneo a través del cual los abogados pueden comprender este importante aspecto de la comunicación, una cuestión para él prioritaria en una época en la que la falta de claridad, la jerga de la informática y de las ciencias sociales pueblan la escritura legal.<sup>748</sup>

“Derecho y literatura” buscaría así restaurar la antigua unión entre estas disciplinas que Wigmore y Cardozo reclamaron a principios de siglo. Para ambas, la “forma” en la comunicación sería un aspecto inseparable de su “contenido”.<sup>749</sup> La eficacia no sólo dependerá de éste, sino que, como se ha visto, estará subordinada, en gran parte, al estilo y estructura que se emplee.

El autor señala una nueva forma de acercarse a los *casebooks* que se estudian en las escuelas de Derecho desde esta perspectiva. Para Weisberg son éstos un material donde encontrar modelos de escritura profesional de enorme eficacia.<sup>750</sup> Entre éstos destaca, por ejemplo, los escritos del juez Cardozo y, más en concreto, una de sus más célebres

---

<sup>746</sup> Ver por ejemplo, *When Lawyers Write*, op. cit., Prefacio.

<sup>747</sup> *Ibid.*

<sup>748</sup> *Ibid*, pág. 7.

<sup>749</sup> *Ibid*, pág.39.

<sup>750</sup> *Ibid*, pág. 7.

decisiones judiciales: *Hynes v. New York Central R. CO.* 221 N.Y. 229 Courts of Appeals of New York, 1921. En su opinión, esta decisión debería permanecer en la imaginación de todo abogado al representar el ejemplo máximo de cómo un juez convierte a la audiencia en su aliado y logra desacreditar los precedentes en contra a través del estilo. La manera en que la forma y el lenguaje asisten al resultado correcto en este escrito demostraría, según Weisberg,<sup>751</sup> que el resultado justo se logra no sólo utilizando la lógica legal o jurisprudencial sino, también, a través del estilo.

El autor obseva, sin embargo, la enorme distancia que existe entre la escritura de los abogados de los años setenta y ochenta y la de este juez literario. Esta apreciación es consecuencia, entre otras cosas, del minucioso estudio que llevó a cabo desde 1979 a 1984 sobre diferentes escritos de unos mil abogados en activo, lo que le permitió conocer de cerca sus principales errores y deficiencias.<sup>752</sup> Fruto de este análisis es *When Lawyers Write*,<sup>753</sup> un libro que reúne un conjunto de recomendaciones o reglas sobre estilo y organización que no tendrían como objetivo una escritura más elegante o brillante sino conseguir que sea eficiente y eficaz, lo cual sólo es posible, como se ha visto, si el abogado logra trasladar a su escrito una conciencia adecuada de su audiencia. Por tanto, todas las recomendaciones que se recogen en este libro estarían al servicio de esto último. Entre ellas, cabría distinguir, en primer lugar, un conjunto de reglas básicas sobre el inglés: la correcta elección de las palabras, la puntuación, gramática y sintaxis.<sup>754</sup> Todas ellas son válidas para cualquier audiencia y necesarias para todo tipo de

---

<sup>751</sup> *Ibid*, pág.11.

<sup>752</sup> *Ibid*, Prefacio.

<sup>753</sup> Un resumen y Crítica de este libro puede encontrarse en Simoni, Christopher. Book review : "The Practicing Writer. Veda R. Charrow and Myra K. Erhardt. Clear and Effective Legal Writing. Tom Goldstein and Jethro K. Lieberman. The Lawyer's Guide to Writing Well. Richard H. Weisberg. When Lawyers Write". *Scribes Journal of Legal Writing* (1990), págs. 167-174.

<sup>754</sup> *Ibid*, págs. 31-36 Y 51-80.

escritos, ya que, como señala Weisberg,<sup>755</sup> sin dominar las frases y sus componentes, de nada sirve la sensibilidad con la audiencia. El autor muestra unos cuantos ejemplos de algunos de los errores que pueden ser cometidos en cada una de estas cuatro ramas, todos ellos tomados de documentos. A continuación les añade a cada uno sus correspondientes correcciones, advirtiendo, además, de los posibles problemas de comprensión que los diferentes errores pueden producir en el lector.<sup>756</sup> El conjunto de frases corregidas serían indicativas de la deficiencia que, sobre estas cuestiones, Weisberg advierte en los escritos de los abogados de aquellos años.<sup>757</sup> Entre las posibles causas de esta situación<sup>758</sup> estaría el hecho de que durante generaciones los abogados no han prestado una particular atención a reforzar su inglés básico. A diferencia de aquella época en que estaban en la vanguardia de la cultura literaria, los abogados de aquellos años no contaban, según aprecia Weisberg,<sup>759</sup> con una enseñanza elemental, secundaria o incluso universitaria que infundiera adecuadamente las bases de la escritura. El debilitamiento del vínculo entre el Derecho y las letras provocaba, además, que los abogados carecieran de incentivos culturales que les llevaran a esforzarse por perfeccionar sus habilidades lingüísticas y que los despachos prescindieran de los viejos sistemas de promoción de la buena escritura.

Es, como ya se ha mencionado, la conciencia de la audiencia, el camino que señala Weisberg para la restauración de una buena escritura legal<sup>760</sup> y en él, aparte de estas normas básicas sobre el inglés, podrían destacarse dos cuestiones de carácter general:

---

<sup>755</sup> *Ibid*, pág. 47.

<sup>756</sup> *Ibid*, págs. 31-36 y 51-80.

<sup>757</sup> *Ibid*, pág. 37.

<sup>758</sup> *Ibid*, pág. 31.

<sup>759</sup> *Ibid*, pág. 31.

<sup>760</sup> Richard Weisberg, *When Lawyers Write*, *op. cit.*, pág.44. Para el autor esta conciencia de la audiencia haría desaparecer, entre otras cosas, muchos de los defectos más usuales cometidos por los

1. La primera se refiere a la necesidad primordial, señalada por el autor, de que el abogado reflexione y articule los propósitos que persigue en un documento antes de escribirlo. Con anterioridad a esta evaluación ninguna palabra debería ser escrita.<sup>761</sup>
2. La segunda hace referencia al acto mismo de evocación de la audiencia. En este segundo aspecto Weisberg señala la importancia de evocar o visualizar no sólo a una audiencia inmediata: cliente, juez o socio sino, también, al lector desconocido que pueda, en un momento dado, volver sobre su documento. En este sentido, el autor afirma que el factor que distingue el acto de escribir de otros ejercicios profesionales es que el producto final dura para siempre y, por tanto, es importante tener en cuenta, en el momento de escribir el documento, que más allá del inmediato lector existen una infinidad de lectores potenciales.<sup>762</sup> Por otro lado, Weisberg advierte, además, sobre la necesidad de que esa imagen de la audiencia que ha de formarse el abogado ha de ser lo

---

abogados en sus escritos. Entre éstos por ejemplo, el autor hace alusión a los problemas de comprensión para la audiencia que pueden derivarse de la utilización de frases excesivamente largas y por tanto difícilmente controlables algo que, según Weisberg, suele producirse cuando no se ha planificado lo suficiente el propósito de cada frase, en definitiva, cuando no se ha reflexionado lo suficiente antes de escribir, *Ibid*, págs. 111-113. O las dificultades del lector ante una utilización poco competente de los tiempos verbales. El escritor debe transmitir de forma no ambigua el tiempo en el que se realizó la acción que se describe en la frase (pasado, pasado pero continúa en el presente, presente) para lo cual es necesario que previamente haya comprendido y reflexionado sobre el marco temporal de cada una, *Ibid*, págs.120-122. La falta de conciencia de la audiencia se manifestaría también en otro de los errores frecuentes observado por Weisberg: la tendencia de los abogados a colocar el mensaje principal al final de las frases, párrafos o documentos. El autor insiste, sin embargo, en que la consideración con el lector exigiría que éste sea colocado al principio, debiendo evitarse siempre esa extraña habilidad que Weisberg percibe en los abogados de encontrar una gran variedad de fórmulas para enterrar la idea o mensaje principal del documento, *Ibid*, págs. 122-123; Weisberg advierte también sobre el efecto negativo que puede producir en la audiencia la utilización pobre y abusiva de adverbios como “claramente” o “simplemente”. El uso del primero, aún sin repetirse, produce dudas acerca de aquello que se da como demasiado obvio como para ser debatido, *Ibid*, pág. 124. En cuanto a las erratas, son calificadas por el autor como inexcusables, al considerarlas una falta de respeto con la audiencia. Sólo el abogado es responsable del documento que escribe, el cual deberá releer con el diccionario en la mano antes de entregarlo. Otros ejemplos se refieren al tipo de confusiones que se desprenden de la mala utilización de palabras como “que” y “el cual”, *Ibid*, págs. 129-135, así como de la equiparación de adjetivos y nombres en las enumeraciones, *Ibid*, págs. 135-139.

<sup>761</sup> *Ibid*, pág. 45.

<sup>762</sup> *Ibid*, pág. 46.

suficientemente amplia como para concebir a un “otro” “vivo, necesitado y sensible”.<sup>763</sup>

El abogado deberá entonces conseguir unir los propósitos del documento con las necesidades del lector o lectores identificados. Ese documento “humanizado”, que tiene en cuenta a la audiencia real y potencial en la dimensión adecuada, tendrá que contar, además, con unas metas claramente definidas y adecuadamente transmitidas.<sup>764</sup> Ambas cosas, los propósitos del documento y las necesidades de la audiencia deberán ser entretejidos por el abogado en su escrito.

En este camino hacia la escritura eficaz determinado por la conciencia de la audiencia, Weisberg establece, a partir de estas consideraciones generales, una dicotomía básica que diferencia entre aquellos documentos cuyo destino es una audiencia laica de aquellos otros destinados a otros abogados. El autor señala, en primer lugar, que estos diferentes tipos de audiencias requerirán del abogado un estilo y tono distintos.<sup>765</sup> Weisberg critica que el escritor jurídico suele ser innecesariamente monolítico. Le cuesta cambiar de registro y acostumbra a utilizar un mismo estilo y tono sin tener en cuenta la variedad de los escritos profesionales, las diferentes metas de cada uno de ellos así como las distintas necesidades de las diferentes audiencias a las que van dirigidos.<sup>766</sup> Aunque Weisberg hace unas recomendaciones específicas sobre estas cuestiones referidas a los diferentes tipos de documentos que los abogados dirigen a cada una de estas audiencias podrían sin embargo señalarse, de forma resumida y general, unas cuantas consideraciones:

En lo que se refiere a los documentos destinados a una audiencia laica, Weisberg señala que el cambio o reforma en la manera de escribir

---

<sup>763</sup> *Ibid*, pág. 87.

<sup>764</sup> *Ibid*.

<sup>765</sup> *Ibid*, págs. 87-102.

<sup>766</sup> *Ibid*, pág. 90

de los abogados, desde esta perspectiva es, además, una cuestión de simple justicia y de hacer un sistema legal accesible a aquellos que pagan por él.<sup>767</sup> La regla básica que el autor establece en cuanto al tono y el estilo de los escritos destinados a esta audiencia consiste en evitar tanto la jerga jurídica como la complejidad, la utilización de formalismos y del tono indirecto, todo ello más típico y admisible en la comunicación entre abogados.<sup>768</sup> Weisberg recomienda<sup>769</sup> al abogado que se dirige a este tipo de audiencia que dedique tiempo a localizar los propósitos fundamentales del documento antes de escribir y, después, que los haga claramente visibles en el documento; Que utilice un tono personal y evite todas aquellas palabras que sólo usan los abogados ; Que recurra a paráfrasis cuando precise hacer mención en su escrito de datos legales, no debiendo repetir literalmente el lenguaje de normas o sentencias. En definitiva, lo que deberá hacer, <sup>770</sup> es “dedicar un tiempo extra a articular una estrategia que responda a las expectativas de la audiencia sin con ello sacrificar el rigor”.

En cuanto al tono que los abogados utilizan unos con otros, Weisberg aprecia<sup>771</sup> que parece que éstos, a diferencia del resto de los mortales, se sienten a gusto con esa forma de hablar artificial y forzada, con las construcciones impersonales, los latinismos y la jerga jurídica que durante años han caracterizado su forma de hablar y que, sin embargo, violan principios estilísticos básicos. Este tono, propio de los abogados, puede ser utilizado maravillosa o terriblemente, y la reforma, en su

---

<sup>767</sup> *Ibid*, pág. 30. El autor señala que aunque en esos años de finales de los ochenta hubiera abogados que no estuvieran convencidos de la necesidad de una reforma en su manera de escribir, muchas leyes estatales habían tomado ya la iniciativa. Las leyes de *plain english* tenían vigencia en siete estados. La utilización por parte de los profesionales del Derecho de un lenguaje simplificado era ya exigida en una amplia variedad de transacciones en las que un consumidor relativamente poco sofisticado debía ser asumido. *Ibid*, pág. 22.

<sup>768</sup> *Ibid*. Pág. 88.

<sup>769</sup> *Ibid*, pág. 109

<sup>770</sup> *Ibid*.

<sup>771</sup> *Ibid*, págs. 41 y 42.

opinión, no debería ir encaminada a su supresión, sino a su capitalización para conseguir el máximo rendimiento. Algo parecido ocurre con otros dos rasgos observados por el autor en la comunicación entre abogados. El primero de ellos se refiere a su preferencia por la exhaustividad o rigor en detrimento de la eficacia. El autor señala que esta exhaustividad o rigor debe coexistir y no entrar en competencia con una escritura efectiva. El abogado debe ser consciente de que tan grave es omitir datos relevantes como forzar al lector a crear un esquema que de orden a los datos proporcionados y, por ello, casi el mismo cuidado debería dedicarse a una exhaustiva compilación de información como a su expresión eficaz.<sup>772</sup> El segundo rasgo al que el autor hace mención<sup>773</sup> como característico de los escritos entre abogados es la asunción, en su manera de escribir, de una lectura atenta por parte del destinatario. Aunque se les paga, en parte, por ser unos lectores tan escrupulosos, sin embargo, es un error confiar siempre en esa lectura atenta. Forma parte del trabajo del escritor, en su opinión, asegurarse de su buena recepción o, al menos, maximizar las oportunidades de que las principales ideas sean percibidas. Los abogados, como lectores, deben conformarse con las expectativas de sus colegas y leer los escritos de la forma más atenta posible pero, como escritores, no deben asumir esa lectura.

En definitiva, para Weisberg<sup>774</sup>, tanto el lenguaje y el tono, como la exhaustividad y la lectura propios de los abogados, no deben ser eliminados del proceso de escritura entre ellos, sino sopesados frente a otros factores y criticados periódicamente como potenciales elementos de ineficacia o ineficiencia.

---

<sup>772</sup> En este sentido el autor señala que en ocasiones puede verse en un documento que el abogado cita todas las secciones de una norma y todos los casos decididos bajo la misma antes de tener su propio argumento claro. Weisberg afirma que los jueces, como todos los lectores de un escrito analítico, lo que espera es que la información sea enmarcada con una clara indicación de lo que es importante y lo que es secundario o son antecedentes. Ver en *Ibid*, pág. 39

<sup>773</sup> *Ibid*, pág. 40

<sup>774</sup> *Ibid*, pág. 41-43.



Es, por tanto, la conciencia de la audiencia, la que dicta en parte el éxito o el fracaso de cada documento profesional. Ésta requiere, como ya se ha visto en lo referente al tono y al estilo, que el lector una en el acto de escritura los propósitos del documento con las necesidades del lector o lectores inmediatos y potenciales.<sup>775</sup> La reforma propuesta por el autor en lo referente al tono y al estilo en los escritos de los abogados -orientada a conseguir una escritura más eficaz- se basa, entonces, en una creciente sensibilidad del escritor con los lectores (unos más sofisticados que otros y con diferentes necesidades), lo cual debe reflejarse en una graduación más fina y adecuada del lenguaje y tono de sus escritos.

La presencia de la audiencia sería de nuevo, también, el elemento clave del segundo aspecto fundamental de esta reforma de la escritura. Éste se refiere a la necesidad de dotar de orden, de una estructura, a todo documento, como un paso esencial para lograr que sea eficaz.<sup>776</sup> Y es que, como afirma el autor, aunque sea bueno estilística y técnicamente no será así percivido por el lector si está mal organizado.<sup>777</sup> Debe existir, entonces, una fase organizativa previa al acto de escritura. Weisberg observa una tendencia común entre los abogados que consiste en dedicar mucho más tiempo al proceso de investigación de un caso y a la recopilación de datos que a poner orden en el caos de información acumulada.<sup>778</sup> Este hecho tiene como consecuencia que los mejores argumentos, en muchas

---

<sup>775</sup> *Ibid*, pág. 105.

<sup>776</sup> Esto tiene que ver, como ya se ha visto, con lo que Cardozo denominaba en su ensayo "Law and Literature" como "*arquitectonics*" de una decisión judicial, a través de la cual el juez trata de poner de manifiesto la relevancia de la organización en las decisiones judiciales, la importancia de la correcta colocación en ellas de las palabras y los argumentos. Es "*arquitectonics*" una palabra cuidadosamente elegida ya que, según señala el autor, crea en nuestras mentes la imagen de un meticuloso delineante trabajando sobre el papel. Los abogados, no importa del poco tiempo de que dispongan, deben este trabajo a sus lectores y a sus tradiciones profesionales. *Ibid*, pág. 151.

<sup>777</sup> *Ibid*, pág. 175

<sup>778</sup> Weisberg señala el promedio aproximado de tiempo que él ha observado que un abogado suele dedicar a la investigación en un caso: 90% frente al 10% que invierten en el proceso de escritura. *Ibid*, pág. 176.

ocasiones, aparecen esparcidos en párrafos inconexos.<sup>779</sup> Y es que los abogados, por las características propias de su profesión, se encuentran con obstáculos que les dificultan el conseguir una buena organización en sus escritos. El primero de ellos es la importancia, ya mencionada, que tiene el rigor en todo documento jurídico. Esto es un obstáculo porque, según Weisberg, puede conducir al escritor a pensar que simplemente con haber sido exhaustivo, su meta o trabajo fundamental queda resuelto. Otro de los obstáculos que el autor advierte es el poder fascinante que ejerce la lógica jurídica en su trabajo, lo cual le lleva, en ocasiones, a olvidar qué es lo fundamental para su audiencia y cómo presentarlo mejor. Finalmente Weisberg encuentra en el escaso tiempo que los abogados tienen para planificar, el motivo de que no dispongan de la oportunidad de establecer un proceso de organización entre la investigación y la escritura.<sup>780</sup>

Partiendo de estas dificultades, el autor establece, entonces, un conjunto de recomendaciones.<sup>781</sup> Weisberg insiste en la necesidad de reservar un tiempo para una fase entre la conclusión de la investigación y la escritura en la que el escritor prepare una estructura intermedia que organice sus ideas y datos en un resumen o esquema. Para ello propone, en primer lugar, acumular toda la información recolectada para el documento. Después subdividir esos datos en categorías y subcategorías y decidir cuáles son vitales y cuáles no. A continuación se decidirá cómo ordenarlas.<sup>782</sup> Una vez hecho el esquema, el escritor deberá asegurarse de que éste le sirve o le prepara para observar los siguientes elementos cruciales:<sup>783</sup> Que esté organizado lógicamente alrededor de una o más ideas fundamentales de manera que todo lo que se escribe en él esté

---

<sup>779</sup> *Ibid*, pág. 37.

<sup>780</sup> *Ibid*, pág. 148.

<sup>781</sup> *Ibid*, págs. 184-185.

<sup>782</sup> *Ibid*, págs. 152-153.

<sup>783</sup> Un conjunto de elementos para los que el autor establece una regla nemotécnica: "TSAF" o "FAST" al revés. *Ibid*, pág. 185.

relacionado con ellas. Cada párrafo, a su vez, debe mantener también esa unidad y cada frase debe estar relacionada con la idea principal del párrafo al que pertenece (*Totaly*). Cada tema importante debe tener su propio párrafo y dentro de cada uno el tema se desarrollará con argumentos y ejemplos (*structure*)<sup>784</sup>. Con esta estructura intermedia y estas recomendaciones se busca facilitar la comprensión de los diferentes escritos por parte de los lectores y, a su vez, se trata de conducir al abogado, desde la conciencia de su audiencia, a que el escrito no sea una simple duplicidad cronológica de su investigación o pensamiento, ni a que en él se asuma que el lector conoce hechos vitales. Para evitar todo ello, esos hechos deberán ser colocados en un lugar visible y principal dentro de su escrito, de manera que ordenen el resto de las ideas y faciliten la transición de una idea a otra.<sup>785</sup>

---

<sup>784</sup> Con respecto a la organización de los párrafos y las frases y su relación con el concepto de unidad Weisberg señala que cada una de las ideas o pensamientos principales debe evocarse de forma completa en la primera frase del párrafo denominada "*topic sentence*". Esta levanta en el lector unas expectativas de inclusión o abarcabilidad que deben ser respetadas por el resto del contenido del párrafo, de tal manera que nunca dentro del mismo se hable de un tema que queda fuera ya que, en caso contrario, se generaría confusión en el lector. Tampoco un mismo párrafo puede contener una frase, por ejemplo, que de información de tipo procedimental, seguida de otra, por ejemplo, cuya información sea de tipo cronológico ni tampoco unirse dentro del mismo párrafo lo que hasta ese momento, dentro del documento, parecían hechos o datos diferentes. Es para Weisber, quizá, de nuevo, el ansia de rigor o exhaustividad lo que conduce al abogado a liberar la información desordenadamente, pero la presencia de la audiencia le debería urgir a establecer un orden y, entonces, a colocar los elementos clarificadores y unificadores al principio de cada párrafo. Cada uno de ellos debe ser concebido como una idea principal unificadora del tipo de datos que deben incluirse. *Ibid*, págs. 165-174.

<sup>785</sup> En este último aspecto, el autor señala la necesidad de que el escritor de un documento se mueva hábilmente de un tema a otro. Los títulos principales a menudo ayudan al abogado a alertar al lector de los movimientos que el abogado hace en su escrito, pero no siempre están disponibles. En estos casos el abogado deberá hacer uso de números o un lenguaje de transición o de ambos. Estas palabras o frases de transición son aquellas que señalan el cambio de tema de un párrafo a otro dentro del documento, o palabras que señalan suma o contraste de ideas, una relación causa efecto o un resumen, también aquellas que introducen un ejemplo, o que dan énfasis dentro de un mismo párrafo. *Ibid*, pág. 162-164. Weisberg señala que los "*topic sentence*", a los que en la nota anterior se ha hecho alusión, funcionan dentro de la frase como un mapa. Es precisamente a través del uso de estas palabras o frases de transición la manera en que el escritor guía al lector por los varios caminos subconectados sin desviarse del mapa establecido por el "*topic sentence*". Estas palabras de transición, aunque obviamente no aportan información sustantiva son, sin embargo, para Weisberg, tan importantes para la comprensión de la audiencia como los propios datos. *Ibid*, pág. 167-171.

En definitiva, en todo documento, la utilización y el dominio por parte del escritor de un estilo y orden al servicio de la audiencia son, como tratan de demostrar escritores como Melville, habilidades cruciales de toda comunicación si se quiere que ésta sea eficaz. Como podrá apreciarse en el último apartado de este *syllabus*, *Billy Budd* de Melville es para Weisberg una obra especialmente educativa sobre la eficacia de la comunicación así como sobre los límites que ésta siempre debería respetar.

### 3.4. La literatura y el *outsider* en el Derecho. La empatía

Otra de las enseñanzas que podrían derivarse del estudio de la figura de ciertos abogados de ficción, consiste en la adquisición de un cierto tipo de empatía que conduzca a su poseedor hacia una idea integradora y no excluyente de la justicia. En este caso, Weisberg analiza en algunas novelas la manera en que los abogados y el Derecho tratan a esa gente que se encuentra fuera de las estructuras de poder. Se trata de personas que, en ocasiones, pueden representar un desafío o, incluso, una amenaza para el sistema.<sup>786</sup>

El autor se detiene en la actuación, por ejemplo, de uno de los principales abogados de Dickens, Tulkington, en *La Casa desolada*. Weisberg defiende<sup>787</sup> que la tercera persona del narrador en esta novela ayuda a que el lector caiga en la cuenta de que la brillante y hábil retórica de este abogado no sólo está al servicio de sus muy ricos clientes sino, además, de su más profunda y oscura subjetividad. Descubre que se trata, en el fondo, de un misógino reprimido que desprecia a las mujeres por representar a ese “otro”, por el prejuicio de considerar que personifican el caos frente a lo que debería ser un mundo ordenado.<sup>788</sup> Es precisamente

---

<sup>786</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., págs. 41 y ss.

<sup>787</sup> *Ibid*, pág. 42.

<sup>788</sup> Charles Dickens, *La Casa Desolada*, Valdemar Clásicos, 2008. Weisberg señala en *Poethics*, op. cit., que esta revelación se produce en la novela en un momento en que el abogado se encuentra en su habitación elucubrando sobre su investigación. Ahí el lector se da cuenta que el abogado no busca

este abogado y la persecución que protagoniza al buscar desenmascarar el secreto de una mujer, Lady Dedlock, lo que, para Weisberg, genera el verdadero argumento de la novela. Al preguntarse el lector por qué el abogado persigue a esta mujer cuando sabe que con ello no gana nada su cliente, ni le reportará ningún beneficio económico, encuentra la clave de la crítica de Dickens. Este abogado personifica la misoginia, al hombre victoriano reprimido. Se trata de un profesional cuyo trabajo es anular o sofocar lo emocional, desordenado o apasionado del mundo de la autoridad.<sup>789</sup> El escritor está revelando, a través de la actuación de este personaje, los valores básicos de la autoridad institucional, mostrándose así hasta que punto son subjetivos, no neutrales o meramente procedimentales. A la vez, a través de la historia y actuación de esta mujer, especialmente en una escena en la que se produce una confrontación entre ambos,<sup>790</sup> entre la represión legalista del abogado y la humanidad afectiva, vital y compasiva de esta mujer, el escritor sugiere, según la interpretación de Weisberg, no que el Derecho abandone su función como sistema ordenador sino que se acomode (más que reprima) a lo espontáneo, apasionado y empático de la conducta de aquellos cuyas vidas regula.<sup>791</sup>

Otro de los *outsiders* literarios presentados por Weisberg son el judío Shylock e incluso la propia Portia, dos de los personajes del *Mercader de Venecia* de Shakespeare. El primero representa, para el autor, los valores contrarios de la sociedad veneciana de su tiempo. Y aunque la obra está narrada de tal manera que el lector no quiere que este personaje se salga con la suya, sin embargo, siente dudas sobre la dureza del castigo que se le impone. Con respecto a Portia, nos la presenta como una mujer que, por el hecho de serlo, no puede hablar con

---

una mejora en el bienestar de sus clientes ni la promoción profesional sino la destrucción de las mujeres, ver en Charles Dickens, *La Casa Desolada*, *op. cit.*, pág. 296.

<sup>789</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, pág. 71.

<sup>790</sup> Charles Dickens, *La Casa desolada*, *op. cit.*, págs. 810-815.

<sup>791</sup> Ver en *Poethics*, *op. cit.*, págs. 67-73.

voz propia. Se encuentra a merced de la voluntad de su novio, Antonio, y tiene que disfrazarse de hombre para poder hablar y ser escuchada en el juicio.<sup>792</sup> Por otra parte, en algunas de las novelas anteriormente citadas, personajes como Merisault en *El extranjero* de Camús, Dimitri en *Los hermanos Karamazov* de Dostoievski o Billy en *Billy Budd* de Melville, son castigados con la mayor severidad, según lo interpreta Weisberg, porque son los “otros”, porque no hablan el lenguaje del Derecho que estos escritores critican y son vistos como una amenaza. Por ejemplo, en el caso de Merisault, este personaje es culpable en la novela. Ha matado y merece un castigo, pero el lector es testigo de cómo, bajo el microscopio legal, un conjunto de actos normales acometidos por el personaje se convierten en negativos.<sup>793</sup> Lo que realmente perjudica a Merisault, más allá de su inconformismo y la amenaza que supone para el Derecho es, para Weisberg, su forma de comunicarse. Todos estos personajes contestan a las preguntas del Derecho honestamente, declinando distorsionar sus impulsos internos y convicciones, algo que, al final, a todos ellos termina perjudicando.<sup>794</sup>

Otra novela que Weisberg considera especialmente instructiva para los abogados en esta cuestión del *outsider* es, curiosamente, un texto que no trata explícitamente sobre Derecho pero que, sin embargo, según afirma el autor, es más sobre Derecho que los anteriores: *The Bluest Eye* de Tony Morrison.<sup>795</sup> Esta obra, que se desarrolla en Ohio a principios de los años cuarenta, narra las crueldades a las que se ve sometida una niña negra, Pécola, cuyas míseras circunstancias junto a un padre violento la obligan a menudo a vivir con otras familias. Para Weisberg, el valor de esta novela reside en que pide a su lector que comprenda a esta niña, a pesar

---

<sup>792</sup> Ver en *Ibid*, págs. 93-104.

<sup>793</sup> Otros casos de personajes citados por Weisberg que, aun siendo culpables de lo que se les acusa, sin embargo, el lector percibe que la pena que reciben es demasiado severa al conocer la compleja realidad del crimen y los prejuicios del jurado y del juez son: Bigger Thomas en *Native Son* de Richard Wright e Isaacsons en *El Libro de Daniel* de E.L Doctorow.

<sup>794</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., págs. 41 y 43.

<sup>795</sup> *Ibid*, pág. 43.

de las diferencias de tiempo, raza y sexo que puedan existir entre él y ella. Este tipo de historias inducen al lector a ver al “otro” y, entonces, una vez que lo ha hecho, le obligan a esforzarse por ver el mundo desde su óptica. Para Weisberg este ejercicio es muy positivo porque ayudaría a reducir esa tendencia del ser humano, tan injusta, de organizar las cosas exclusivamente desde la experiencia propia individual. Este aprendizaje, aplicado a los profesionales del Derecho, podría contruibuir a orientar la lucha del Derecho hacia la creación de un sistema legal que dé respuesta, realmente, a todos a los que sirve. El autor señala que el lector, al leer esta novela, se hace consciente del riesgo que existe de que, tanto él como aquellos que tienen autoridad, eviten o no vean a los “otros”, los diferentes. Hay un pasaje de este texto en el que esto último se haría especialmente explícito, el que describe un momento en que la niña va a comprar unos caramelos a una tienda regentada por un hombre blanco de clase media. El autor llama la atención sobre la prosa que utiliza el escritor para hablar de lo que sucede. Se trata de un lenguaje que desafiaría al lector tanto a criticar al dueño de la tienda como a que perciba que ese mismo hombre, el dependiente, puede ser él. Le haría sentir que corre el riesgo de tratar a los otros como aquél dependiente hizo, de tener ese mismo tipo de miopía. Ese hombre no pudo ayudar a la niña porque no la vio.

Para Weisberg este pasaje, especialmente, así como el conjunto de la obra y otras similares contribuirían a que los abogados que las lean perciban de forma distinta su responsabilidad profesional con respecto a aquellos que “no cuentan”. Su lectura es una invitación a reconocer que toda persona merece una mirada que busque incluirla y no rechazarla.

En una sociedad que, según expone Weisberg, parece retroceder hacia el racismo y la represión, los abogados deben leer estas historias, las cuales les reportarían, al menos, tres lecciones sobre justicia:<sup>796</sup>

---

<sup>796</sup> *Ibid*, pág. 46.

1. El Derecho no puede hacer justicia sin comprender los mundos internos, las aspiraciones y los valores de aquellos que son diferentes.
2. No puede haber justicia a menos que los prácticos del Derecho examinen continuamente sus propios valores.
3. La lucha por la justicia puede conseguirse a través de un acto de comunicación con la audiencia, cuyos prejuicios y valores deben ser tenidos en cuenta, pero nunca sacrificando o comprometiendo el bien informado sentido de justicia del que habla.

Después de todo lo expuesto, podría afirmarse, entonces, que Derecho y Literatura, en la propuesta de Weisberg, tiene como una de sus reivindicaciones fundamentales la idea de que los abogados tienen la responsabilidad de “explorar constantemente sus valores individuales y profesionales, de desafiarlos constantemente y tratar de mejorarlos así como de admitir que esos valores existen e implican casi todo lo que hacen”, de evaluar constantemente sus propósitos.<sup>797</sup> Es en este sentido en el que el autor señala que la literatura enseña sobre “virtud”. Esta recaería en el área de “la empatía humana, en la disponibilidad hacia la vida verdadera y una firme noción de justicia comunal”. La palabra “virtud” es sin embargo ignorada, según aprecia Weisberg, en unos tiempos en los que la preocupación sigue centrándose en perfeccionar la línea entre el fundamentalismo y el nihilismo.<sup>798</sup> Es por ello que el autor está convencido de que la literatura es el mejor medio para que los abogados aprendan filosofía moral, al situar la investigación sobre la virtud en un marco dinámico que permite al lector razonar de forma inductiva de los casos descritos hacia su propia experiencia y pensamientos. No se enseña una determinada idea o concepto de virtud, sino que ésta o su envilecimiento en la literatura emerge de las acciones de los personajes o a través de las palabras de los abogados.

---

<sup>797</sup> *Ibid*, pág. 123.

<sup>798</sup> *Ibid*, pág. 122



Con este *syllabus* se han tratado de presentar la propuesta de Weisberg de “Derecho y literatura” en el contexto de obras concretas. A continuación se hará esto mismo pero con mayor detenimiento y en una sola obra, *Billy Budd* de Melville.<sup>799</sup>

#### 4. *Billy Budd* de Melville<sup>800</sup>

En el estudio que hace Weisberg de esta novela quedan reunidas gran parte de las enseñanzas que un jurista debe o puede aprender de la literatura según el autor. Para que puedan obtenerse, tendrán que aplicarse a la novela las claves interpretativas ya descritas consistentes, por un lado, en partir de un punto de vista de identidad entre el trabajo del escritor y del abogado y, por otro, en llevar a cabo el tipo de lectura que el propio texto demanda. Ambas dan como resultado una interpretación de la obra muy distinta a la defendida por muchos críticos. La mayoría de éstos habrían visto en ella, encarnado en la figura del capitán Vere, el dilema de un hombre recto que se ve forzado contra los dictados de su conciencia a aplicar el Derecho positivo.<sup>801</sup> Weisberg, sin embargo, realiza un tipo de lectura que conduce al lector a considerar la invitación narrativa del escritor de cuestionar la interpretación que hace Vere del Derecho. Esto convierte el texto y su lectura en un cuestionamiento y reflexión sobre la utilización de fórmulas externas con la intención de justificar impulsos subjetivos. Como defiende Weisberg, esta novela permite apreciar, quizá de forma única, la manera en que un

---

<sup>799</sup> Weisberg ha dedicado un importante estudio a esta obra que reúne como ninguna las principales tesis del autor. Ver: Richard Weisberg, “How Judges Speak: Some Lessons on Adjudication in *Billy Budd*, *Sailor With an Application to Justice Rehnquist*,” 57 N.Y.U.L. Rev. 1 (1982); Richard Weisberg, “Accepting the Inside Narrator’s Challenge: *Billy Budd* and the Legalistic Reader,” 1 *Cardozo Studies in Law and Literature* 27 (1989); Richard Weisberg, *The Failure of the World*, op. cit., págs. 133-176; Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., págs 104-117; Richard Weisberg, “Three Lessons from Law and Literature”, op. cit, Richard Weisberg, “Herman Melville, Vichy et la communication Bienveillante: trois leçons sur les rapports du droit et de la littérature”, Biet. Ed. In *Litteratures classiques* (2000), 397-417.

<sup>800</sup> Esta novela de Melville cuenta la historia de lo ocurrido a bordo de un barco, el *Bellipotent*. En él, Billy Budd, un marinero ingenuo, carismático y de conducta ejemplar sin embargo es acusado de la muerte del maestro de armas Claggart y condenado a muerte por el capitán del barco, Vere.

<sup>801</sup> Ver especialmente, Richard Weisberg, *the Failure of the Word*, op. cit., págs. 146 y 160.

juez, Vere, consigue dotar a sus sentimientos ocultos con la fuerza de la ley.<sup>802</sup>

Para Weisberg, Melville parece decir en esta obra: “Hay que tener cuidado con aquellos que causan infracciones en nombre de la forma e infracciones formales en nombre de la necesidad. Sus necesidades pueden ser muy diferentes de las nuestras.”<sup>803</sup> Pero, como acaba de decirse, para llegar a esta conclusión es necesario abordar la obra, como se ha dicho también en los apartados anteriores del *syllabus*, desde una perspectiva del Derecho como literatura, así como desde la lectura atenta que demandan, según el autor, este tipo de novelas.

#### **4.1. La lectura atenta o *Close Reading*: la estrategia interpretativa demandada por el texto**

El autor señala que en las tempranas décadas del *reader response* muchos comentaristas declinaron la invitación que hace el escritor en esta obra. Esto tuvo como consecuencia que durante años haya sido impensable criticar al capitán Vere y mucho menos considerar su insensatez o locura. Éste había hecho lo mejor, su deber ¿Quién de nosotros podría haberlo hecho mejor? Enfrentado a un dilema, procede a colgar a Billy bajo la coacción de un Derecho formalizado y el orden político.

Weisberg cita a Merlin Bowen<sup>804</sup> como el crítico pionero que en la década de los sesenta se atrevió a sugerir que las palabras de Vere en el juicio debían ser analizadas y no meramente aceptadas. Más tarde, ya en los años setenta, otros autores como Bárbara Johnson<sup>805</sup> y Róvert

---

<sup>802</sup> Como ya se ha visto que también ocurre en otras novelas como las de Dostoievski o Camus.

<sup>803</sup> Richard Weisberg, *The Failure of the World op.cit.*, pág. 155.

<sup>804</sup> Merlin Bowen, *The Long Encounter*, Chicago: University of Chicago Press, 1960. Ver en Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, nota 13, pág. 267.

<sup>805</sup> Barbara Johnson, “Melville’s Fist: The Execution of *Billy Budd*,” *Studies in Romanticism* (1979), 18: 567-92. Ver en *ibid*, nota, 14.

Cover<sup>806</sup> a pesar de que, según Weisberg, llegaron a veredictos un tanto ambiguos sobre el capitán Vere, se aproximaron hacia posturas más cercanas a la de Weisberg, buscando que el lector sopesara cada pista ofrecida por el narrador sobre este personaje. La simple admiración y aceptación no cuadraban en una historia tan rica y compleja.<sup>807</sup>

Weisberg muestra -a través de la cuidadosa lectura que lleva a cabo de la novela-<sup>808</sup> un conjunto de detalles que han sido pasados por alto en muchas de las interpretaciones que se han realizado de la obra. Advierte el autor, por ejemplo, que la prisa de este personaje por colgar a Billy escudándose en su deber de cumplir la ley, es un acto de enorme hipocresía, ya que en las normas que el propio capitán invoca en la novela y por las que dice estar obligado a colgar al marinero hay hasta ocho errores procesales.<sup>809</sup> Lo que la obra sugiere, entonces, para Weisberg, es que Vere violó de forma deliberada los procedimientos de la ley por los que supuestamente estaba coaccionado,<sup>810</sup> algo de lo que sutilmente el escritor hace partícipe al lector y que sólo puede advertirse teniendo en cuenta el conocimiento que de estas leyes tenía Melville, así como aplicando al texto una lectura atenta.

La motivación de esta manipulación de las leyes por parte de Vere, sería otro dato relevante de la novela que sólo podría conocerse aplicando este método. Para Weisberg esta actitud del capitán responde a la oportunidad que vio en ello de expulsar del barco al símbolo de la vida

---

<sup>806</sup> Robert Cover, *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process*, New Haven: Yale University Press, 1975. Ver en *Ibid*, nota, 12, pág. 266. En Solove, Daniel J. "Melville's Billy Budd and Security in Times of Crisis". *Cardozo Law Review*, Vol. 26. Nº 6 (2005), págs. 2443-2470. GW Law Faculty Publications & Other Works, puede encontrarse un ensayo reciente del professor Daniel Solove sobre *Billy Bud* construido desde la perspectiva interpretativa de Weisberg y donde ésta es puesta en el contexto de otras interpretaciones de la obra, como la realizada por Posner o Robin West.

<sup>807</sup> Richard Weisberg, *The Failutre of the Word*, *op. cit.*, pág. 134.

<sup>808</sup> Un análisis completo de la obra puede verse en *Ibid*, págs. 133-176.

<sup>809</sup> Los errores procesales y la justificación como tales que hace Weisberg puede verse en: *Ibid*, págs. 147-154.

<sup>810</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, pág. 105.

espontánea y heroica. Billy representa al simple, afectuoso y justo hombre de mar. Un tipo de persona muy parecida al capitán Nelson, al que Vere envidia y que es descrito en las primeras páginas de la novela. Ambos, Nelson y Billy, exhiben una autoridad natural que anima a sus compañeros del barco al deber y al heroísmo. Vere pone entonces el Derecho al servicio de sus profundos y secretos deseos, los cuales le demandan el sacrificio de Billy, el preferido de la tripulación pero quien representa lo opuesto a él. En la medida que encarna la personalidad heroica de Nelson, de la cual carece el capitán, Billy es una vía para la, hasta el momento, frustrada venganza de Vere.<sup>811</sup> Se produce en la novela un contraste entre la persuasiva ejemplaridad natural de Billy y Vere, el hombre complejo y articulado que, carente de ella, se ve obligado a establecer un régimen de opresión, artificialidad y encubrimiento con el que lograr ganarse la obediencia y el respeto de sus súbditos.

Es constante la insistencia de Weisberg en tener en cuenta todos los detalles que sutilmente presenta el escritor. Otro de ellos es, por ejemplo, el escepticismo con el que, según Weisberg, Melville invita al lector a enfrentarse a la actuación del capitán en el juicio. Aquél podría apreciarse en las dudas expuestas por el cirujano del barco, tardíamente en la novela, a través de las cuales estaría cuestionando lo adecuado del procedimiento seguido por el capitán.<sup>812</sup> Es esta atención la única fórmula que, en opinión de Weisberg, permite al lector resistirse a la retórica utilizada por el capitán. Ésta es enormemente persuasiva, tanto, que ni el tribunal de la novela, ni muchos de sus lectores, han sido capaces de cuestionarla. Sin embargo, como se ha visto, el procedimiento de lectura seguido por el autor permite advertir que detrás de la articulada retórica de Vere se esconde esa tendencia de algunos individuos, a la que se ha aludido en los epígrafes anteriores, de enmascarar pasiones destructivas con formas de discurso perfectamente racionales. Los argumentos del capitán durante el juicio ejemplifican, para Weisberg, el hecho de que un procedimiento

---

<sup>811</sup> Ver, especialmente en *Ibid*, pág. 163.

<sup>812</sup> Ver, por ejemplo, en: Richard Weisberg, *The Failure of the Word*, op. cit., pág. 159.

externo aparentemente racional puede ocultar, sin embargo, una atrocidad gratuita y sin sentido.<sup>813</sup>

#### **4.2. El Derecho como literatura: la utilización del Derecho por los novelistas como una forma de autocrítica**

Según Weisberg, Melville cuestiona en este texto la complejidad de la novela moderna. Ésta consistía, en demasiadas ocasiones, en una mera sucesión de articuladas formulaciones privadas muy negativas.<sup>814</sup> Perteneciendo el propio Melville a esta línea de escritores altamente complejos y conscientes consigue, sin embargo, hacer una autocrítica, transmitiendo así su sentimiento de degradación de la novela contemporánea, y ello en relación a las narrativas épicas heroicas. En ellas y en escritores como Homero la acción heroica y el arte narrativo estaban unidos.

En la novela moderna sobre Derecho, los escritores, según el autor, no sólo muestran su temor hacia la degradación de su medio, sino que captan, además, las desastrosas consecuencias de la estetización del Derecho. En el uso que hacen de éste los abogados, su resentimiento frente a la simpatía humana espontánea y el fluir de la realidad se junta con la elocuencia para producir injusticia. El autor señala que nuestra generación, seguramente más que las previas, debería preocuparse por el despojo de los sistemas de lenguaje (del Derecho y la literatura) de referentes éticos. Son estas obras expresivas de la violencia que puede llegar a derivarse del lenguaje articulado de personas pasivas y resentidas, así como de los pocos beneficios que la comunidad obtiene con esa elocuencia, por otra parte tan admirable.<sup>815</sup> Melville, entonces, no presenta el Derecho bajo una luz negativa, sino que apremia a su

---

<sup>813</sup> *Ibid*, pág. 166. Conviene recordar en este punto lo dicho en el epígrafe dedicado a la novela moderna continental respecto a la actuación del resentimiento. En él se pudo apreciar que cuando determinadas personas con resentimiento son provocadas casi instintivamente disfrazan sus pasiones, de manera que su ánimo nunca es declarado.

<sup>814</sup> Richard weisberg, *The failure of the Word*, op. cit., pág. 175.

<sup>815</sup> *Ibid*, pág. 177.

audiencia a examinar el discurso y los valores de aquellos que lo practican, adjudican o juzgan.<sup>816</sup>

### 4.3. *Considerated Communication*

Weisberg se detiene en el capítulo tres de la novela, el cual, según señala el autor, los críticos a menudo pasan por alto.<sup>817</sup> El narrador describe en él cómo se le contó al público británico el motín de Nore, un relato que resulta revelador, para Weisberg, de cómo la comunicación sobre asuntos vitales puede ser deliberadamente dispuesta para engañar, omitiendo y reordenando los hechos.<sup>818</sup> En este ejemplo, Los historiadores fueron “considerados” en sus maneras de describir el motín. La cantidad de información dada satisfacía, por un lado, a la audiencia inmediata y, por otro, sugería lo suficiente sobre la verdad para permitir a futuros analistas de los hechos un conocimiento de lo que pasó.<sup>819</sup>

A este tipo de comunicación que hace referencia a la transferencia de datos de gente con gran cantidad de información vital –autoridades- a gente con menos –audiencias- es a la que el autor denomina: *Considerated communication*, algo de lo que, a juicio de Weisberg, está imbuida la obra entera y que es utilizado por el capitán Vere y otros personajes como Claraggart.<sup>820</sup>

Y es esta una cuestión de actualidad porque, como señala el autor, incluso en las democracias representativas, las autoridades piensan

---

<sup>816</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., pág. 114. Weisberg otorga un papel importante a la figura de Nelson. Este almirante, como se relata en el capítulo 4, sí tuvo una amenaza real de motín en su barco y no recurrió al derramamiento de sangre para sofocarlo. Su actuación contrasta con la de Vere, que afirma verse forzado a ejecutar al preferido de la tripulación bajo el pretexto de unas leyes y la posibilidad de un amotinamiento irreal. Nelson representa la posibilidad de coexistencia del heroísmo y la elocuencia literaria. En este sentido el autor critica la escasa relevancia que en la interpretación de la obra algunos autores, como Posner, conceden a la figura del capitán Nelson. *Ibid*, nota 35, pág. 269.

<sup>817</sup> Herman Melville, *Billy Bud*, Cátedra, 2009, págs.209-303.

<sup>818</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., pág. 110.

<sup>819</sup> *Ibid*, pág. 111.

<sup>820</sup> Richard Weisberg, “Three Lessons from Law and Literature”, op. cit, pág. 289.

cuidadosamente sobre la cantidad y el tipo de datos que proporcionan a la audiencia. De ahí la frase *considerated communication*. La decisión de las autoridades de limitar la comunicación es “considerada” con sus propios intereses y con los de sus audiencias. Las autoridades no ven la necesidad de dar más información cuando ello no tiene un efecto beneficioso en el problema y sólo uno negativo en la audiencia. Esto tendrá siempre que ser debidamente medido, ya que, como señala Weisberg, la reelección será difícil si existe demasiada distancia entre la realidad y los hechos que las autoridades revelan.<sup>821</sup>

El autor, dirigiéndose especialmente a los abogados y los jueces, quiere llamar la atención sobre un asunto: la importancia que deben otorgar a sus audiencias en todo acto de comunicación si quieren que éste sea efectivo. Tienen que ser conscientes de que cuando un individuo está luchando por un sentimiento profundo pero una causa impopular, la *considerated communication* les aumentará las posibilidades de éxito. Según señala Weisberg, las autoridades que dan información o consejo sin cuidado de las creencias de su audiencia, a menudo son desoídas y es en cierto sentido algo irresponsable.<sup>822</sup> Melville parece adoptar en su narración el propio formalismo un tanto torturado e indirecto de personajes como Vere o Claraggart, el cual contrasta por opuesto al de otros personajes como Billy o el almirante Nelson. Como escritor del siglo XIX parece, según Weisberg, que el escritor se encuentra culturalmente forzado a adoptar esa misma forma de comunicar indirecta, a ese “*considerated way of communication*”<sup>823</sup>, como la mejor manera de conseguir que sus palabras sean atendidas o tenidas en cuenta por su audiencia.

Sin embargo, Weisberg señala a unos acontecimientos del pasado, los sucedidos en el periodo de Vichy, como los hechos que prueban la

---

<sup>821</sup> *Ibid*, pág.290.

<sup>822</sup> *Ibid*, págs. 291 y 301.

<sup>823</sup> Richard Weisberg, *Poethics*, op. cit., pág. 114.

necesidad de poner límites a esa *considerated communication*. Si la consideración a la audiencia es una lección esencial que los abogados deben tener en cuenta, esto nunca debe convertirse en un fin en sí mismo. Melville, según Weisberg, pone al lector alerta en este asunto y a través de esa comunicación considerada -que se plasmaría en este caso en la utilización de una forma indirecta y compleja de narrar- por una parte, incita al lector a estar en guardia para detectar los valores que subyacen en todo comunicador, por otra, le advierte de los riesgos de utilizar una *considerated communication* que se deslice hacia formas de hablar encubiertas o moralmente indefendibles, como la utilizada por personajes como Claraggart y especialmente por el capitán Vere.

Esta novela podría enseñar sobre aquellos aspectos que necesitaría un acto de comunicación para ser “considerado” y, por tanto, eficaz sin caer, sin embargo, en los errores de los abogados franceses. Es decir, se lograría adquirir con su lectura una cierta sensibilidad hacia la necesidad de actuar de una forma éticamente correcta que sea, a su vez, considerada. Ello permitiría hacer factibles en la comunidad los valores en los que uno cree así como reconocer y descifrar esta comunicación considerada cuando es utilizada por otros con autoridad. Un tipo de conocimiento que da a su poseedor la capacidad de declinar la “consideración” cuando se convierte en un fin y traiciona lo más profundo de uno mismo.

“La capacidad del abogado de oír a otros y de hablar de una manera que combine sensibilidad con la audiencia con el ánimo de hacer lo correcto”<sup>824</sup> son cualidades que el autor estima necesarias para el ejercicio de la profesión, y que, por tanto, deben ser adquiridas a lo largo de su formación. Para ello sería útil que de igual manera que muchos profesores de Derecho introducen un poco de teoría económica en sus clases, empleen otro tanto de técnica literaria, sin necesidad de que ello suponga una alteración en el currículum o se trate de un tipo de formación que se reduzca a cursos o seminarios específicos sobre Derecho o literatura.

---

<sup>824</sup> Richard Weisberg, “Three Lessons of Law and Literature”, *op.cit.*, pág.287.



Weisberg señala una amplia tradición americana, digna de recuperarse,<sup>825</sup> que habría logrado esta forma de hablar que combina la franqueza con la conciencia de la audiencia. Se trata de ejemplos donde los abogados pueden encontrar inspiración y criterios de crítica. Weisberg propone, entre otros, un pasaje de *Letter from Birmingham Jail* de Martin Luther King, Jr. Para el autor es un modelo de una forma de hablar “considerada,” ética y lingüísticamente digna de emular<sup>826</sup> y, por tanto, un ejemplo representativo de lo que los abogados pueden y deben aprender de la literatura:

*“Any law that upfits human personality is just. Any law that degrades human personality is unjust. All segregation statues are unjust because segregation distorts the soul and damages the personality. It gives the segregator a false sense of superiority and the segregated a false sense of inferiority. Segregation, to use the terminology of the Jewish philosopher Martin Buber, substitutes an “I-it” relationship for an “I-hou” relationship and ends up relegating persons to the status of things. Hence segregation is not only politically, economically and sociologically unsounds, it is morally wrong and sinful.”*<sup>827</sup>

---

<sup>825</sup> Weisberg se refiere a aquellos primeros tiempos de la república en los que existía un estrecho vínculo entre el Derecho y la literatura y que Robert A. Ferguson describe en su libro, *Law and Letters in American Culture*. Richard Weisberg, *When Lawyers Write*, *op.cit.*, pág. 6. Como personificación de este vínculo, Weisberg pone el ejemplo de Jefferson y su libro *Notes on the State of Virginia*, ver en Richard Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, págs. 298 y 214 a 224.

<sup>826</sup> Richard weisberg, “three Lessons of Law and Literature”, *op. cit.*, pág. 303.

<sup>827</sup> Martin Luther King, Jr, *Letter from Birmingham Hail*, en Susan tiefenburun, “Semiotics and Martin Luther King’s Letter from Birmingham Jail” 4 *Cardozo. Stud. L & Literature* 255 (1992), pág. 85.

## **CONCLUSIONES**



La introducción anticipó algunas de las cuestiones a las que debía enfrentarse la presente tesis, como, entre otras, las razones y los objetivos que justifican la relación propuesta entre dos disciplinas aparentemente ajenas entre sí, qué idea del Derecho y de la literatura subyace a ella, qué podrían aprender los abogados y los jueces de la literatura, cuál es la finalidad de este aprendizaje, qué método de lectura o de crítica es el idóneo así como qué textos literarios son los más indicados. Una vez realizado el precedente estudio paralelo de dos de los miembros más representativos de este movimiento, se está ahora en condiciones de hacer una comparación sistemática entre ellos y ofrecer así, a modo de conclusión, una respuesta conjunta a las aludidas cuestiones.

**PRIMERA.-Acerca de la forma o estructura.** Desde una perspectiva formal, esta tesis ha querido mostrar en su estructura, a través del amplio espacio concedido a los *syllabus*, el modo concreto y práctico en que White y Weisberg trabajan sobre los textos que estudian. Ellos hacen una selección de un conjunto de obras literarias que, por motivos diversos consideran especialmente adecuadas para la formación de abogados y jueces, y parte de su labor crítica consiste en sugerir cómo esos textos seleccionados contribuyen al aprendizaje del Derecho. En lugar de intentar una exposición abstracta y sistemática, ellos prefieren, en consecuencia, un método aplicado y con una clara vocación pedagógica destinado a proporcionar un modelo de crítica con el que formar abogados y jueces en su actividad esencial de leer y dar vida a los textos jurídicos en situaciones y circunstancias diferentes. Con la intención de contemplar a los autores en el ejercicio práctico de su crítica sobre los textos literarios, los *syllabus* han constituido algo así como una visita al taller del artista. Parafraseando el famoso título del libro de Austin de 1962 *How to Do Things With Words*, se ha tratado de observar de primera mano cómo estos críticos trabajan con sus textos y ver en concreto qué hacen con ellos.

**SEGUNDA.- Insuficiencias y riesgos del modelo positivista.** Desde una perspectiva más general, las propuestas de “Derecho y literatura” de White y Weisberg (ante la conciencia de un mundo en el que las circunstancias y la cultura están en permanente cambio y movimiento) buscan **suplir los riesgos e insuficiencias del modelo positivista de**

### **concepción, práctica y enseñanza del Derecho y del auge del discurso científico en el Derecho.**

Destacan lo insuficiente de una visión conceptualizada y abstracta del Derecho y de la neutralidad de su lenguaje, de la imagen de esta disciplina como una estructura autosuficiente de normas, instituciones y reglas de funcionamiento que, cerrada e impermeable a otros lenguajes, requiere del jurista una respuesta impersonal carente de todo juicio de valor y la utilización de un tipo de razonamiento en el que alcanzar una solución predeterminada a través de la aplicación de la lógica a partir de la norma.

Ponen de manifiesto cómo el discurso científico ha ido ganando terreno en el Derecho y denuncian el exceso de confianza que éste ha depositado en las ciencias sociales de tipo positivista, lo cual tendría su reflejo en la multitud de argumentos, sentencias y artículos académicos cargados de jerga científica, datos y estadísticas. Especial relevancia, en este sentido, tiene la enorme influencia que comenzó a adquirir a principio de los años setenta del pasado siglo el movimiento *Law and Economics*, algo impulsado o favorecido por la posición de dominio que ha llegado a ocupar la concepción económica de nuestra vida en común. Estos autores no niegan que estas ciencias ofrezcan métodos de análisis de valor para el Derecho, pero advierten de la necesidad de que sus límites sean comprendidos y sujetos a la disciplina del Derecho.

Buscan corregir los riesgos derivados de la adopción acrítica por el Derecho del modo de funcionar de estos métodos. Consideran que sus efectos pueden ser contradictorios y nocivos para el funcionamiento no sólo del Derecho y su objetivo de hacer justicia, sino también para el desarrollo saludable de una democracia. Por un lado, manejan una imagen muy reducida del ser humano, que se limita a lo material y medible, cuya generalización no resulta adecuada para una disciplina como el Derecho que regula la conducta de seres humanos, cuyo comportamiento es complejo y difícilmente reducible a estas categorías. Además, no sería una idea coherente dentro de un sistema democrático, el cual presupone una concepción mucho más amplia de los ciudadanos al depositar y exigir de

ellos una gran responsabilidad. Por otro lado, una consecuencia de la forma en que se están aplicando estos métodos, es el riesgo de olvidarse del modo de proceder característico del Derecho, esencial para la democracia, a través de los textos, acuerdos, principios y convenciones del pasado que lo configuran. Para estos autores se está prescindiendo del Derecho mismo en favor de otros lenguajes cuyos propósitos pueden ser distintos del de hacer justicia. Depositar un exceso de confianza en ellos conduce, entonces, a una reducción de la imagen del mundo a las categorías rígidas que este tipo de lenguajes requieren.

**TERCERA.- Modo de superarlos: una nueva forma de ver el Derecho, su práctica y enseñanza.** White y Weisberg se resisten a una imagen, ejercicio y enseñanza del Derecho que en su opinión empequeñece más que amplía la capacidad humana en general y de sus prácticos en particular para la experiencia, la comprensión, la imaginación y la empatía.

El modo en que estos autores buscan corregir todo ello no es con nuevos planteamientos teóricos o participando en debates académicos sino fundamentalmente a través de la elaboración de una nueva propuesta de formación para futuros abogados y jueces a través de la literatura.

No obstante, bajo estas propuestas subyace una concepción del Derecho y su práctica que en su opinión se adecúa más a la verdadera realidad y experiencia de los seres humanos, a las auténticas circunstancias de nuestra existencia (siempre imperfectamente percibidas y en constante cambio) a la naturaleza del Derecho y su forma característica de funcionar. En definitiva, una forma de concebir el Derecho que dignifica al ser humano y al Derecho mismo.

Dentro de esta concepción pueden destacarse dos cuestiones de especial trascendencia:

- a) Frente a la búsqueda de una respuesta neutral e impersonal del abogado y del juez característica de los métodos científicos y positivistas, y la confianza en datos de carácter fáctico, tan bien recibidos en un ambiente en el que todo juicio de valor es visto con

recelo o temor y, por tanto, en el que se busca que éste sea eliminado o reglamentado, estos autores hacen un análisis de la actividad de los profesionales del Derecho que destaca lo inevitable de una respuesta personal ante cada caso que se les plantea. Para ellos, esto no debe ser erradicado del Derecho, sino educado y disciplinado para que esa respuesta sea adecuada y responsable. No sólo es necesario que esa circunstancia sea aceptada sino que además debe entenderse que esas intuiciones, juicios y decisiones conscientes o inconscientes de los prácticos del Derecho, si son adecuadamente disciplinadas, pueden constituir la oportunidad para que el Derecho se haga vivo, para su consolidación, transformación o desarrollo. Sería la manera que tendría de ajustarse o hacer justicia ante las circunstancias concretas y diferentes de cada caso.

- b) La razón es que para estos autores el Derecho no es una disciplina aislada y autónoma sino integrada en el devenir de la cultura. Esto exige de sus prácticos además del conocimiento de las normas jurídicas y la doctrina otro tipo de habilidades que les permitan adaptar el Derecho de forma adecuada, responsable y eficaz a las nuevas y diferentes realidades en permanente mutación.

Es precisamente esto último lo que ambos autores pretenden. Ante la pregunta de cómo hacerlo los dos están de acuerdo en que no es posible a través de unas reglas predeterminadas ni tratando de erradicar todo juicio personal, sino con un tipo de educación para la que literatura es un instrumento esencial.

**CUARTA.- Por qué la literatura.** Porque según estos autores la única guía posible para orientar a los jueces y abogados en esos juicios individuales (ineludibles en su trabajo) es una interna para la que no es suficiente el conocimiento de las normas y de la doctrina. Sería necesario, además, una formación más integral capaz de proporcionar a estos profesionales la madurez intelectual, la capacidad crítica cultural, el dominio de ciertas habilidades literarias, la calidad de pensamiento y expresión que los capacite para afrontar adecuadamente las dificultades

que les plantean las complejas tareas de leer los textos jurídicos del pasado y realizar sus propias composiciones para hacerlos reales ante los hechos, los diferentes contextos y circunstancias que cada caso presenta.

Estos autores ven en determinadas obras de la literatura una vía idónea de formar a los prácticos del Derecho en estos aspectos permanentes de su tarea, los cuales presentan similitudes con los trabajos del escritor y del crítico literario pudiendo ser útil, entonces, el adquirir cierto conocimiento y algunas de las habilidades siempre asociadas con aquéllos. El aprendizaje de estas actividades -que en la visión de estos autores se asemejan más a un arte que a una técnica- no es posible a través de la teoría o a través de reglas, ya que ambas requieren una respuesta impersonal del que las recibe, la asunción por parte de éste de unos presupuestos y el deseo de cumplir unas expectativas. Teoría y reglas no fomentan la respuesta individual que requiere un juicio que, además, ha de ejercitarse en situaciones muchas veces difícilmente previsibles. La literatura, en cambio, proporciona una forma de educar que permite experimentar, hacer propio lo aprendido y, a partir de la interiorización y aprendizaje individual, poder actuar en las situaciones más diversas.

**QUINTA.- Qué literatura.** Al igual que la literatura, el Derecho es, para estos autores, una disciplina conformada por la cultura pero, a su vez, conformadora de ésta, pudiendo contribuir a ella para bien o para mal. Es ésta una percepción y una preocupación especialmente presentes en los escritores respecto de su trabajo. Sólo aquellas obras en las que los escritores se plantean esta influencia en dos direcciones tendrían valor, y no aquellas otras que se agotan en la mera expresión de la subjetividad del escritor. La selección de obras que hace tanto White como Weisberg está integrada por aquellas obras literarias que son consideradas, por los motivos que cada uno de los autores exponen, una aportación positiva para su cultura. Al leerlas, los abogados y jueces, analizando cómo y por qué estos escritores hicieron algo positivo por su cultura, adquieren un conocimiento aplicable al Derecho, de forma que sus escritos puedan ser también una contribución en este sentido.



Weisberg recoge obras cuyos protagonistas son abogados o cuyo tema central es el Derecho. Y ello no porque constituyan una crítica del Derecho mismo. La utilización del Derecho como tema novelístico en las obras que escoge este autor tiene que ver con una asociación por parte del escritor de su oficio con la del abogado o juez y con el hecho de encontrar en éstos la mejor manera de articular sus incertidumbres propias más profundas. Estos escritores encontrarían en la actividad interpretativa de los abogados la mejor metáfora para hablar de su propia actividad de comunicación en cuanto a que ambos, escritores y abogados, reconstruyen sucesos de la realidad en los que es inevitable su impronta personal, su manera de aproximarse a los hechos, sus propios valores y cultura. Los personajes de las novelas escogidos Weisberg personificarían aquello que los escritores detectan como preocupante de su cultura: la decadencia de los valores tradicionales y el legalismo formalista, la intelectualidad farragosa, pasiva y poco comprometida, la retórica articulada, brillante, ingeniosa pero ausente de toda ética a que esta caída dio paso y que a tantos ha persuadido y sigue persuadiendo. Estos escritores desvelarían cómo detrás de esa retórica -en muchas ocasiones atractiva o muy persuasiva y en la que tantos han visto y aún continúan viendo una filosofía digna de emulación- puede esconderse la expresión de una subjetividad cínica o resentida cuyo efecto es destructivo. Se trataría, en conjunto, fundamentalmente, de obras que expresan y critican, a través de los efectos que producen en otros, la pasividad resentida, el sentimentalismo y las formulaciones intelectuales que se instalaron en la cultura europea (literaria, legal, religiosa) y que, según Weisberg, eran inhibitorias de todo impulso de resistencia activa y efectiva hacia la fuerza bárbara. En suma, el tipo de cultura que, para Weisberg, permitió lo ocurrido en la Francia de Vichi.

La lectura de estas obras, desde esta perspectiva, proporciona un tipo de conocimiento, un sedimento, desde el que los prácticos del Derecho pueden orientar sus actuaciones, en cuanto que les confronta con las consecuencias negativas de ciertos comportamientos y actitudes (*When an individual perceives injustice, all that defined him as a person is likely to emerge*). Es el tipo de conciencia que producen estas obras a partir de la experiencia de los efectos injustos que despliegan

determinadas formas de actuación, lo que constituye la esencia del proyecto formativo de Weisberg y el motivo por el que la mayoría de las obras literarias que toma en consideración constituyen ejemplos negativos, entendidos por el autor como el motor más potente capaz de orientar la conducta de los juristas en un sentido diferente. Esos escritores supieron ver algo importante que es necesario que el abogado de hoy conozca.

Para White y Weisberg, la literatura elegida no es concebida como un artefacto meramente estético destinado al consumo y sobre nada importante salvo el placer que produce y, por tanto, opuesto al Derecho, sino como una poderosa forma de pensamiento y educación acerca de las cuestiones más importantes de la vida. En el caso de White su propia formación y experiencia en el campo del Derecho y la literatura le hizo comprender pronto hasta qué punto el trabajo del abogado es una actividad del pensamiento y del lenguaje en el que una y otra vez se le pide que aborde un momento literario, un momento que demanda de él dar un significado, y hacerlo bien, acerca de la experiencia del cliente, los testigos o de la parte contraria, de un testimonio o una frase en un contrato, así como del conjunto de documentos, principios, leyes o convenciones que conforman lo que denominamos Derecho.

White propone, entonces, comparar estas operaciones de la mente, la imaginación y el lenguaje con otras parecidas llevadas a cabo por grandes escritores, por ser ese el mejor medio para tomar conciencia sobre ellas, pensarlas y adquirir criterio para juzgarlas. En la mayoría de los casos se trata de textos en los que estas actividades son realizadas desde parámetros, para el autor, valiosos, ofreciéndose entonces estos ejemplos positivos al jurista como patrones o modelos adecuados de pensamiento y expresión que pueden servirle como un estándar con el que llevar a cabo las composiciones propias y juzgar las de otros (*Students seek out good teaching not the rules but the culture, for the rules are everywhere the same*). Estos escritores supieron hacer algo que es importante que el abogado de hoy conozca.

**SEXTA.- Finalidad de la formación literaria.** Ante el dilema de en qué sentido educar la subjetividad de los futuros abogados y jueces de manera que su trabajo constituya una contribución positiva para la cultura y pueda ser calificado como adecuado y responsable, Weisberg considera que el holocausto y la participación que en el mismo tuvo la actuación de determinados juristas, son hechos de los que debe nacer una verdad que sirva en adelante de guía a la actuación de jueces y abogados. Weisberg estudia en concreto lo ocurrido en la Francia de Vichi y llega a la conclusión de que la causa del sufrimiento, la deportación y la muerte de miles de judíos en suelo francés no se debió tanto a la dominación nazi, ni a unas leyes raciales, sino a lo que los juristas hicieron de ellas, es decir, a una cultura, a una práctica profesional y a la utilización de una retórica que fue incapaz de defenderlos a la luz de los principios democráticos que en su constitución ya se recogían. Para este autor es esta una lección aún no suficientemente aprendida. No basta con conocer y lamentarse de unos hechos tan terribles, sino que es nuestro deber aprender de ellos. Es, por tanto, el análisis de los errores de estos juristas cuya desconsideración y distorsión de los principios constitucionales en su actuación tan terribles consecuencias tuvo, lo que marca la orientación del tipo de educación que el autor trata de transmitir. Intentar conjurar el riesgo de que unos hechos así vuelvan a repetirse sería el principal propósito de Weisberg y la lección más importante que los juristas norteamericanos de finales del siglo XX y principios del XXI deben aprender, una época en la que este autor aprecia un vacío ético en el pensamiento y la práctica del Derecho, resultado de la concurrencia histórica del pensamiento posmoderno y del predominio del “análisis económico del Derecho”. Ambos coincidirían, aunque por distintas motivaciones, en abstraer del hecho jurídico sus presupuestos éticos. Por otra parte, la influencia en el Derecho de las teorías literarias posmodernas del *reader response* como la de Fish -que localizan el significado fuera de los textos haciéndolo recaer en el intérprete o en las “comunidades interpretativas”- supondrían también una amenaza en este sentido.

Serían entonces los ejemplos literarios negativos de los que se ha hablado especialmente formativos en ese camino hacia “lo justo” que marcaría la verdad que, para el autor, debe nacer de lo ocurrido en Vichy.

En cuanto a White, el origen y orientación de su propuesta formativa se relaciona con su manera de entender el lenguaje como configurador del mundo, es decir, con la conciencia de que nuestros propósitos y formas de ver la realidad están conformados por nuestros lenguajes, que en parte los heredamos y en parte los rehacemos con el uso que hacemos de ellos. El lenguaje es para White un material vivo con el que construir significados en nuestras vidas individuales y colectivas, donde se encuentran implícitos los términos de descripción, los motivos y los valores que hacen de cada cultura lo que es. White invita a asumir esta realidad del lenguaje en el Derecho y ver las posibilidades que ofrece. Aunque pueda recurrirse al lenguaje conceptual, abstracto o científico en el Derecho, su utilización en éste no debería generalizarse. Para White, un lenguaje adecuado para que sea posible la justicia sería el que acepta las condiciones literarias en las que vivimos y asume que todo lo que decimos, todo lo que somos, se debe en parte al contexto en el que vivimos, siempre imperfectamente percibido y en permanente cambio. Aunque éstos son también presupuestos admitidos por Weisberg, la propuesta formativa de White exhibe como un objetivo fundamental el reconocimiento y la comprensión de este hecho en los textos literarios de manera que luego pueda ser aplicado en el Derecho: entender que sus textos tienen lugar en contextos culturales que son en ellos reflejados, confirmados o transformados; que son escritos en un lenguaje que supone siempre una determinada visión del mundo; que cada texto es radicalmente social en cuanto siempre define a una persona que habla, una audiencia y una relación entre ellos, así como a otros potenciales lectores. Los ejemplos positivos que propone el autor son textos literarios en los que el escritor ha logrado tratar todas estas circunstancias de la forma más completa y adecuada, es decir, que son expresión del tipo de pensamiento y actitud a que conduce, necesariamente, una comprensión verdadera de estas circunstancias : “ A actuar por prueba y error, con una constante presión hacia la franqueza, a reconocer la necesidad de comunidad y cooperación para la definición y logro de nuestros fines, a considerar que un propósito de nuestras vidas es la transformación de nuestras propias percepciones, deseos y de nosotros mismos, y a tener como imperativo intelectual fundamental la integración de lo que

podemos percibir, de lo que somos en un todo con sentido". Este sería, para White, el punto de partida para crear en el Derecho un lenguaje en el que la justicia sea posible y el objetivo de la formación de los abogados. Es a lo que podemos aspirar: a crear un lenguaje que sea garantía de justicia desde la conciencia de nuestras limitaciones. La certeza sobre los fines no es posible.

Para enjuiciar la propuesta de White, cabría hacerse la pregunta de si resulta preferible un mundo en el que se establezcan unos fines como ciertos, un determinado concepto de justicia al que aspirar (que puede que no sea el de uno), u otro en el que lo sustancial sea el modo de hablar y razonar en el Derecho tal y como lo concibe White. Si el proceso por el que se llega a los resultados tiene garantías, como trata de establecer White, quizás éstos no deberían preocuparnos tanto.

**SÉPTIMA. -Aspectos del trabajo del abogado hacia los que se dirige la educación literaria.** Ambos autores coinciden en dirigir su plan de formación hacia unos mismos aspectos de la vida de los abogados y los jueces.

El primero de ellos consiste en la actividad del abogado y del juez de observar unos hechos. Es éste un momento esencial en el que éstos han de ser analizados de forma atenta y cuidadosa y en el que debe conocerse que inevitablemente despertarán en el que los observa una primera respuesta innata. Weisberg y White quieren que se haga consciente la circunstancia de que es la subjetividad la que gobierna la observación de la realidad, una dificultad que conocen y afrontan los escritores cuando tratan de describirla y de la que tendrían que ser conscientes también los abogados y jueces. En este sentido, éstos (y no sólo los escritores) deberían conocer y experimentar lo complejo que resulta hablar con precisión sobre cualquier realidad y el cuidado que exige la atenta observación de los hechos que debe preceder toda redacción. En la medida en que los escritores afrontan estas dificultades de una manera más consciente, el estudio de cómo las resuelven puede resultar formativa para el abogado.

Weisberg escoge un conjunto de textos literarios y les aplica un tipo de lectura que lleva a la percepción de la necesidad, en este proceso de observación, de vaciarse de uno mismo, de sus prejuicios y sus teorías, los cuales, como muestra que les sucede a los abogados protagonistas de los textos literarios, promueven en ocasiones visiones distorsionadas de la realidad. Como también muestran estas obras, la correcta observación por parte del abogado exige, además, de un cierto grado de autoconciencia respecto a sus motivaciones así como de una empatía que le permita llegar al corazón de la realidad, a ver, aceptar e incluir lo diferente, asistido por una comprensión amplia de lo que es la experiencia humana. Esta no es la forma en que los abogados franceses observaron los terribles hechos que tenían ante sí.

Para White este sentido de inclusión en la observación es también un elemento fundamental si se quiere hacer justicia. El reconocimiento de las circunstancias de incertidumbre de nuestra existencia debe conducir a un esfuerzo permanente por comprender los límites de nuestra mente, a dudar de nuestras percepciones y a intentar ampliar nuestra capacidad en este sentido, todo lo cual tiene como consecuencia una actitud integradora y no excluyente del otro, del diferente, de lo que resulta extraño o ajeno.

Toda correcta observación, según White, requiere saber mantener una adecuada relación o distancia con cada uno de los lenguajes, de manera que no se deposite una confianza excesiva en ninguno de ellos. El abogado ha de ser consciente de que su aproximación a la realidad, su manera de ver las cosas, no puede reducirse a la simplificación o reducción que siempre supone un lenguaje específico, ya sea el económico o el jurídico. Esta relación adecuada con un lenguaje significa verlo de una forma objetiva y distante como contraria a una totalizadora lo cual se traduciría, en el caso del abogado, en un acercamiento a la realidad con una visión más amplia de la que el Derecho le ofrece, a partir de un conocimiento rico, complejo y extenso de la experiencia y de la realidad humana, en el que haya integrado todo lo que él sabe y conoce.

El objetivo es que luego sea capaz de hablar de esos hechos con los recursos limitados de que dispone, esto es, los que le ofrece el lenguaje jurídico. De esta forma, de su escritura no debería deducirse su desconocimiento acerca de la imposibilidad de decir en un lenguaje, en este caso el jurídico, todo lo que podría ser dicho sobre una realidad concreta, sino que a partir de las limitaciones que le imponen su propia mente y su lenguaje (el jurídico) sepa sin embargo señalar, de alguna manera, lo que éstos podrían estar dejando fuera. Esto es, precisamente, lo que White muestra que supieron hacer muchos grandes escritores con respecto a lo que podía ser dicho en el lenguaje literario de su época.

Y aquí se estaría hablando ya de esta segunda actividad del práctico del Derecho que tanto Weisberg como White coinciden en destacar. Para ambos la tarea de escritura del abogado y del juez se caracteriza por la adecuada gestión de la tensión entre el relato de los hechos y el lenguaje del Derecho y en el que ha de llegarse siempre a una conclusión. White insiste en la necesidad de que el abogado y el juez tomen conciencia de la existencia de esta tensión y resistan la tentación, siempre presente en su trabajo, de reconducir falsamente su relato hacia una solución o conclusión. Esto haría perder fuerza a la historia, como la literatura nos enseña, y puede ser fácilmente descubierto. White, por su parte, propone un tipo de retórica basada en la honestidad, de la que muchos de los textos literarios serían ejemplo, (y que quedaría expresada a través de los ideales de *educative friendship* y *living speech*). Estos estándares remiten a un tipo de expresión en la que quedaría reflejada la presencia de un pensamiento vivo (frente a aquellas que el autor califica de mecánicas o muertas), que es conocedor de los límites de su lenguaje, consciente de la provisionalidad de sus conclusiones y, por tanto, que no expresa éstas como si se tratara de verdades definitivas, sino concediendo un espacio al lector para que pueda hacer sus propios juicios a partir de una realidad que le ha sido mostrada de forma honesta, es decir, ampliamente, con un sentido de integración y no de exclusión, constituyendo a su vez todo ello una invitación a una vida intelectual de valor y a entablar un tipo de conversación.

Weisberg defiende un modo de razonamiento por parte de los abogados y jueces de carácter inductivo, de los hechos al Derecho, y ve en la lectura de un conjunto de textos literarios, a los que denomina *procedural novels*, una manera de tomar en consideración los riesgos de distorsión de los hechos reales y del peligro de producir con ello una gran injusticia, que pueden darse cuando el uso por parte de los abogados y jueces de una retórica brillante y persuasiva se convierte en un fin en sí mismo, y deja de estar al servicio de los hechos y del Derecho.

El saber cómo leer los textos del Derecho y determinar a cuál de ellos se debe prestar autoridad, cuánta y por qué, son actividades esenciales del pensamiento jurídico a las que hoy, según White y Weisberg, no se presta suficiente atención. Éstas, además, estarían siendo amenazadas tanto por las nuevas teorías interpretativas como por “el análisis económico del Derecho” coincidentes ambos en prescindir de ellas. Las propuestas de los dos autores se unen pues en el objetivo común de defender los textos del Derecho y, por tanto, de que los futuros abogados y jueces aprendan a leerlos y respetarlos.

En cuanto al proceso de lectura, las posturas de Weisberg y White se distanciarían ligeramente respecto a su forma de entender los significados de los textos. Mientras que para White el significado se haya en la interacción o conversación que se crea entre el lector y el texto, para Weisberg, la estrategia interpretativa vendría determinada siempre por el texto. El autor estima especialmente idónea para la formación de los abogados y jueces la lectura de las *procedural narratives*, las cuales, a través de su estructura, piden específicamente a su lector que realice en ellas una lectura atenta y que sea escéptico con la libertad interpretativa.

Aun existiendo estas diferencias, puede concluirse que los dos autores están de acuerdo en la conveniencia de desterrar del Derecho, por improcedentes, inoportunas y nocivas, las teorías interpretativas ultraposmodernas, como la de Fish, que sitúan el significado del texto exclusivamente en el intérprete o lector.

Para responder a cómo los abogados y jueces pueden actuar ante los dilemas siempre presentes en su trabajo de decidir cuáles son los



textos dentro del Derecho a los que deben prestar autoridad así como el grado de respeto que ha de otorgárseles, White propone una formación centrada en diferentes cuestiones como, por ejemplo, en el análisis del tipo de acción cultural y social que produce cada texto o el modo en que algunos escritores piden autoridad por alguna institución así como la forma en que reivindican la suya. Todas estas cuestiones son aspectos que podrían analizarse para responder a la pregunta: ¿A qué tipo de vida invita este texto?

White selecciona textos literarios que tendrían una respuesta adecuada a esta pregunta. De forma muy resumida puede decirse que, estudiados todos ellos, son textos que invitan, a través de la forma en que son expresados, a una vida de significado, de esperanza, y no de destrucción o desesperación, que manejan una concepción amplia y no reducida de los seres humanos, con un sentido integrador y de verdadera igualdad. Como se decía, aunque Weisberg no hace esta pregunta tan directa a los textos, analiza, sin embargo, las retóricas brillantes y enormemente persuasivas de aquellos abogados de ficción que, desconsiderando el Derecho pero, muchas veces, en su nombre o en el de la libertad, conducen, sin embargo, a la destrucción, descubriéndose entonces que, tras esas articuladas palabras y un formalismo jurídico aparentemente impecable, no hay nada más que una subjetividad resentida, cínica o vengativa.

Coinciden los dos autores en conceder importancia a que el acto de comunicación de los jueces y abogados no sólo sea correcto y responsable sino también eficaz. Weisberg sitúa esta eficacia en la conciencia de la audiencia, en el conocimiento de lo que ésta puede y necesita oír, algo que manejan bien algunos de los protagonistas más persuasivos de los textos literarios que él ofrece. Pero el sentimiento de injusticia que produce el observar la actuación eficaz de algunos de los más conocidos abogados de ficción nos insta a comprender que es necesario no desvincular este acto de comunicación eficaz de la convicción de que se está actuando correctamente.

White recurre al conocimiento que ya poseemos a través de las relaciones sociales de nuestra vida ordinaria, así como a lo que pueda enseñarnos la literatura, para lograr conseguir esa eficacia con la audiencia. En este sentido, el autor invita, por ejemplo, a pensar y experimentar el efecto que siempre tiene sobre quien escucha la buena narración de una historia frente a otras posibles formas de hablar como la teórica o conceptual.

#### **OCTAVA.- Consecuencias respecto a la aplicación de ambos métodos al Derecho:**

En los dos autores se aprecia, en primer lugar, que en sus métodos de crítica literaria y cultural aplicada a los textos del Derecho, especialmente a las resoluciones judiciales, la atención no se dirige a los resultados sino a los procesos o razonamientos por los que éstos son contruidos. En estos análisis, la forma o estilo no es, entonces, un elemento meramente estético del texto, sino un aspecto trascendental del mismo que no puede ser separado de su contenido o verdadero significado, ya que es a través de la forma o estilo como quedaría reflejado el verdadero proceso de pensamiento del escritor, el verdadero significado. Parece como si estos autores quisieran decirnos: “cuidado con las retóricas brillantes que hablen de igualdad o libertad. Si de su expresión no se deduce la máxima atención a los hechos y al Derecho, pueden no esconder más que una subjetividad resentida capaz de producir una gran injusticia”. O en el caso de White: “Cuidado con aquellos apóstoles de la libertad y de la igualdad que en sus formas de expresión revelan un pensamiento que no respeta ninguna de las dos cosas”.

En segundo lugar, son más numerosos o de mayor trascendencia los puntos de conexión entre ambas propuestas de lo que podría pensarse en una primera aproximación. Las diferencias que se aprecian entre los dos son más de método que de fondo y más complementarias que contradictorias.

Para ambos el tipo de educación que la literatura puede proporcionar al práctico del Derecho consiste, y esta es una interpretación

muy sintética y personal, en que éste adquiriera una conciencia de que las cosas en Derecho son de una manera pero que podrían serlo de otra. De que, a su vez, el hecho de que sean así es fruto de una larga experiencia y de un conocimiento que han de ser comprendidos y respetados. Finalmente, tratarían de aportarle el dominio de las herramientas y el tipo de comprensión necesarias para que sea capaz de proponer y expresar una adaptación o cambio del Derecho en la dirección del “bien”, esto es, “de la justicia”.

Por otro lado, ante la conciencia de un mundo en el que el Derecho y sus prácticos están determinados culturalmente, estos autores, a través las obras que, según cada uno, los abogados y los jueces de nuestro tiempo deben conocer y que forman parte de lo mejor de su tradición y cultura, diseñan una formación literaria que tiene como objetivo, por una parte, crear en ellos una actitud, un sedimento que guíe sus decisiones y actuaciones y, por otra, el aprendizaje de un conjunto de habilidades generalmente asociadas con el oficio literario (retórica, hermenéutica, percepción de los valores, imaginación y empatía) con la intención de que todo ello dote a los prácticos del Derecho de lo necesario para un desarrollo y crítica del Derecho nacidos de un sentido educado de lo justo. De esta forma, tanto Weisberg como White consiguen construir, a través de la literatura, un puente entre los fundamentalismos del pasado y el nihilismo de nuestro presente, una propuesta que rompería la tendencia mayoritaria que insiste en subrayar la línea que los separa.

Finalmente, ambos autores perciben la actividad del abogado y del juez como una que va más allá de una mera técnica no afectada por sus creencias más profundas, sus experiencias, por los aspectos más significativos de sí mismos. Esta forma de entenderla supone una ruptura con la extendida visión, en su opinión, falsa, de segmentación de nuestra experiencia y cultura, la cual habría quedado plasmada en la organización actual de muchas de las universidades y sus planes de estudio. Frente a una educación y una visión del mundo segmentadas, estos autores proponen para los juristas una educación y una visión del mundo integradoras.





# BIBLIOGRAFÍA

## JAMES BOYD WHITE

*The Legal imagination*, The University of Chicago Press, 1973.

"Law as Language: Reading Law and Reading Literature", 60 *Texas Law Review*, 437 (1982).

*When Words Lose their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*, The University of Chicago Press, 1984.

"Is Cultural Criticism Possible?" 84 *Michigan Law Review*, 1373 (1986).

"Thinking about our Language", 96 *The Yale Law Journal*, 1962 (1986-1987).

"Economics and Law: Two Cultures in Tension", 54 *Tennessee Law Review*, 162 (1986-1987).

"Law and Literature: No Manifesto", 39 *Mercer Law Review*, 739 (1988).

"What Can a Lawyer Learn From Literature?", 102 *Harvard Law Review*, 2014 (1988-1989).

*Heracle's Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, University of Chicago Press, 1990.

*Justice as Translation*, The University of Chicago Press, 1990.

"Translation as a Mode of Thought", 77 *Cornell Law Review*, 1388 (1991-1992).

"Law Teachers' Writing", 91 *Michigan Law Review*, 1970 (1992-1993).

*Acts of Hope: Creating Authority in Literature, Law and Politics*, The University of Chicago Press, 1994.

"What's an Opinion For?", 62 *Chicago Law Review*, 1363 (1995).

"Meaning in the Life of the Lawyer", 26 *Cumberland Law Review*, 764 (1995-1996).

"What we know", 10 *Cardozo Stud. L. & Literature*, 151 (1998).

*From Expectation to Experience: Essays on Law and Legal Education*, The University of Michigan Press, 1999.

"Reading Text, Reading Traditions: African Masks and American Law", 12 *Yale Journal of Law & The Humanities*, 117 (2000).

*The Edge of Meaning*, The University of Chicago Press, 2001.

"What's Wrong with our Talk about Race? On History, Particularity, and Affirmative Action", 100 *Michigan Law Review*, 1927 (2001-2002).

"Legal Knowledge", 115 *Harvard Law Review*, 1396 (2002).

"Schooling Expectations", 54 *Journal of Legal Education*, 4, 499 (2004).

"Free Speech and Valuable Speech: Silence, Dante, and the 'Marketplace of Ideas'", 51 *UCLA Law Review*, 799 (2003-2004).

*Ordinary Language and Legal Language*, "Translation as a Way of Understanding the Language of Law", Giuffrè Editore, 2005, págs. 61-81.

*Living Speech: Resisting the Empire of Force*, Princeton University Press, 2006.

"Establishing Relations Between Law and Other Forms of Thought and Language", 1:3 *Erasmus Law Review*, 3 (2008).

H. Jefferson Powel and James Boyd White, *Law and Democracy in the Empire of Force*, "Law, Economics and Torture", The University of Michigan Press, 2009, págs. 265-284

"An Old-Fashioned View of the Nature of the Law" forthcoming in *Theoretical Inquiries in Law* (2010 Cegla Lecture in Legal Theory at the University of Tel Aviv).

"The Cultural Background of the Legal Imagination", *Forthcoming*, Options for Teaching Literature and Law (A. Sarat, C. Frank and -m. Anderson, EDS) Modern Language Asociaton, 2011.

## **RICHARD WEISBERG**

"Hamlet and 'Ressentiment'", 29 *American Imago*, 318 (1972);

"Solzhenitsyn's View of the Soviet Law in The First Circle", 41 *Univ. Chicago Law Review*, 327 (1974).

"Comparative Law in Comparative Literature: The Examining Magistrate in Dostoyevski and Camus", 29 *Rutgers Law Review*, 237 (1976).

"An Example not to Follow": Ressentiment in Notes from Undreground," *Modern Fiction Studies Reprints*, 33 (1976);

"Comparative Law in Comparative Literature: The Examining Magistrate in Dostoievski and Camus," 29 Rutgers Law Review, 237 (1976);

"Wigmore's Legal Novels' Revisited: New Resources for the Expansive Lawyer," 71 Northwestern Law Review 17 (1976);

"Law and Literature: Introduction and Application," 9 University of Hartford Studies in Literature, (1977);

"Wigmore's Legal Novels' Revisited: new Resources for the Expansive Lawyer," 71 Northwestern L. Rev. 17 (1976) y "Wigmore's Legal Novels' Expanded: A Collaborative Effort" (with Karen L. Kretschman), 7 Maryland Law Forum 94 (1977). Repr. 50 N.Y. Bar Journal, 122 (1978).

"Law, Literature and Cardozo's Judicial Poetics," Cardozo Law Review, 283 (1979).

"How Judges Speak: Some Lessons on Adjudication in Billy Budd, Sailor with an Application to Justice Rehnquist," 57 N.Y.U.L. Rev. 1 (1982);

"Literature and Law" in The Interrelationz of Literature (N.Y.: PMLA, 1982) Co-Autor con Jean-Pierre Barricelli.

*The failure of the World: The Protagonist as Lawyer in modern Fiction*, Yale University Press, 1984.

"A Response to Fish and White", 5 Mississippi College Law Review, 57 (1984-1985)

"Text into Theory: A literary Approach to the Constitution", 20 Georgia Law Review, 940 (1986).

*When Lawyers Write*, Little, Brown and Company, 1987.

"Coming of Age of Some More": "law and Literature" Beyond the Cradle", 23 Nova Law Review, 111 (1988).

"Accepting the Inside Narrator's Challenge: Billy Budd and the Legalistic Reader," 1 Cardozo Studies in Law and Literature, 27 (1989).

*Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press, 1992.

"Three lessons from Law and Literature," 27 Loyola of Los Angeles Law Review, 285 (1993).

"The Codification of Western Law and the Poethics of Disclosure", 6 Cardozo Studies of Law and Literature, 157 (1994).



"The True Story: response to Five Essayists on Poethics," 15 Cardozo Law Review, 1245 (1994).

"Nazis in the Courtroom: Lessons from the Conduct of Lawyers and Judges under the Reich and Vichy France", 61 Brooklyn Law Review, 1121 (1995).

*Vichy Law and the Holocaust in France*, Harwood academic publishers, (1996).

"It's a Positivist, It's a Pragmatist, It's a Codifier! Reflections on Nietzsche and Stendal", 18 Cardozo Law Review, 85 (1996-1997).

"Confiscated Jewish Property in Vichy, France: "An Attempt to Understand Through Shakesperare, " 20 Cardozo Law Review, 591 (1998).

"The Risk of Adjudicating Vichy" 5 Roger Williams University Law Review, 127 (1999).

"Herman Melville, Vichy et la communication Bienveillante: trois lecons sur les rapports du droit et de la literature", Biet. Ed. In *Litteratures classiques* (2000), 397-417.

"Fish Takes the Bait: Holocaust Denial and Post-Modern Theory," 14 CSLL 131 (2002), revised from *Critical Quarterly* 19 (2001).

"The Legal Speaker and Writer at the new Millennium, with an Application to Justice Souter," Robinson, ed., *Language and Law* 173 (2003).

"Loose Professionalism, or Why Lawyers Take the Lead on Torture," in S. Levison, ed., *Torture: A Collection* 299 (NY: OUP, 2004).

## OTRA BIBLIOGRAFÍA

Atienza, Manuel. *Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

Austin, John Langshaw. *"How to do things with Words"* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1962)

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Estampas procesales de la literatura española*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

Ball, Milner. "Confessions" 1 *Cardozzo Studies in Law and Literature*, 185 (1089), págs. 185-97.

Ball, Milner S. and White, James Boyd. "A Conversation Between Milner Ball and James Boyd White", 8 *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2, 1 (1996).

Binder, Guyora & Weisberg, Robert. *Literary Criticisms of Law*, Princeton University Press, 2000.

Bonsignore, John J. "In Parables: Teaching Through Parables", 12 *Legal Studies forum*, 191 (1988).

Booth, Wayne C. "The Way I Love George Elliot: Friendship with books as a Neglected Critical Metaphor", *Kenyon Review*, n.s 2 (1980):.

Burke, Kenneth. *Grammar of Motives*, University of California Press, 1969.

Brower, Reuben Arthur. *Alexander Pope: The Poetry of Allusion*, Oxford: Clarendon Press, 1959.

Brook, Thomas. *Cross Examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe and Melville*, Cambridge University Press, 1987.

Brook, Thomas. "Reflections on the Law and Literature Revival", 17 *Critical Inquiry*, 510 (1991).

Brooks, Cleanth. *The Well-Wrought Urn: Studies in the Structure of Poetry* Harvest Books, 1947.

Brooks, Peter & Gewirtz, Paul. *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, Yale University Press, 1996.

Brueggemann, Walter. "Life-giving speech amid an empire of silence. James Boyd White. Living Speech: Resisting the Empire of Force". Princeton: Princeton University Press, 2006. 105 *Michigan Law Review*, 115 (2007).

Calvo González, José. *Implicación, Derecho, Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, Comares, Granada, 2008.

Carreras Jimenez, Mercedes. "Derecho y Literatura", *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos*, nº34, 1996, págs. 33-62

Cardozo, Benjamin N. "Law and Literature", 14 *Yale Review*, (1924-25).

Cardozo, Benjamin N. "Law and Literature", reeditado en Cardozo *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, ed. M. Hall (1947); reeditado, New York: Mathew vender, 1975.

Cardozo, Benjamin N. "The Paradoxes of Legal Science", *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, ed. M. Hall, 330(1947).

Castán Vazquez, José María. "El Derecho matrimonial en las obras de Cervantes", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Nº 35, 2005.

- Celemín Santos, Victor. *El Derecho en la literatura medieval*, Boch, Barcelona, 1996.
- Coles Jr, Willian E. *Teaching Composing: A Guide to Writing as a Self-Creating Process*, Rochelle Park, N.J.: Hayden Book, 1974.
- Cover, Robert. *justice Accused: Antislavery and the Judicial Process*, New Haven: Yale University Press, 1975.
- Douglas, Lawrence. "Language, Judgment, and the Holocaust" 19 *Law and History Review*, 117 (2001).
- Dray, William Herbert. *Laws and Explanation in History*, Praeger, 1979.
- Dunlop, C.R.B. "Literature Studies in Law Schools", 3 *Cardozo Studies in Law and Literature*, 63 (1991).
- Durán Lalaguna, Pañoma. *Los Fines del Derecho*, Servicio de publicaciones facultad de Derecho, Univesidad Complutense de Madrid, 2011.
- Dworkin, Ronald. *A Matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- Empson, William. *Seven Types of Ambiguity*, New Directions, 1966.
- Evatt, Herbert Vere. *Mr. Justice Cardozo*, 52 *Harvard Law Review*, 357 (1939)
- Farelli, Carla. *La Filosofía del Derecho contemporánea*, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Compltense, Madrid 2007.
- Ferguson, Robert. A. *Law and Letters in American Culture*, Harvard University Press, 1984.
- Fish, Stanley. *Doing What comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press, 1989.
- Fish, Stanley. *There is No Such Thing as Free Speech*, Oxford University Press, 1994.
- Fish, Stanley. *Is There a Text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- Fish, Stanley. "Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies", Duke University Press, 1989.
- Fish, Stanley. *Surprised by sin: The Reader in "Paradise Lost"*, London: Macmillan, 1967.
- Forster, Edward Morgan. *Aspects of the Novel Forster*, Mariner Books, 1956.
- Frost, Robert. *The Poems of Robert Frost*, New York: Modern Library, 1946.

Frost, Robert. *Selected Prose of Robert Frost*, Cox and Lathem, Collier Books, 1967.

Gaaker, A. M. P. *Hope springs Eternal: An Introduction to the Work of James Boyd White*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 1998.

Gardiner, Patrick. *The Nature of Historical Explanation*, Greenwood Press, 1985.

Gaurav Desai, Felipe Amith and Supriya Nair, "Introduction: Law, Literature, and Ethnic Subjects", Melus, *Oxford Journals*, Oxford university Press, 3 (2003).

Gavronsky, Serge. "Book Review, Poethics: And Other Strategies of Law and Literature", 15 *Cardozo Law Review*, 1127 (1994).

Gemmette, Elisabeth. "Law and Literature: An Unnecessarily Suspect Class in the Liberal Arts Component of the Law School Curriculum", 23 *Valparaiso Law Review* 267 (1989).

Gemmette, Elizabeth. "Law and Literature: Joining the Class Action", 29 *Valparaiso Law Review*, 665,666 (1995)

Geyl, Pieter. *Debates With Historians*, Plume, 1974.

Hallett Carr, Edward. *What is History*, Vintage Books, 1967.

Helburu, Carolyn and Judith Resnik. "Convergences: Law, Literature and Feminism", 99 *Yale Law Journal*, 1912 (1990).

Hinojosa, Mariano de. "El Derecho en el poema del Cid", *Estudios sobre la Historia del Derecho español*, Vol 1, Analecta editorial, 2003, pág.

Hutchinson, Allan C. "Book Review: From Cultural Construction to Historical Deconstruction. James Boyd White: When words lose their meaning – Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community". Chicago, Illinois : University of Chicago Press, 1984, 94 *The Yale Law Journal*, 209 (1984).

Iser, Wolfrang. *"The Implied Reader: Patterne of Communication in Prose Ficction from Bunyan to Beckett"*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1974.

Johnson, Barbara. "Melville's Fist: The Execution of *Billy Budd*", 18 *Studies in Romanticism*, 567 (1979).

King, Martin Luther Jr., *Letter from Birmingham Jail*, en Susan tiefenburun, "Semiotics and Martin Luther King's Letter from Birmingham Jail" 4 *Cardozo. Stud. L & Literature*, 255 (1992).

Llewellyn, K. N. "On the Good, the True, the Beautiful, in Law", 9 *The University of Chicago Law Review*, 224 ( 1942).

London, Ephraim. *The World of Law*, New York: Simon and Scuster, 1960.

Martínez Martínez, Faustino. "Derecho común y literatura: dos ejemplos de los siglos XVI y XVII", *Anuario mexicano de Historia del Derecho*, XVII, 2005.

Martínez Martínez, Faustino. *Literatura y Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.

Matherne, Bobby. "Book Review: James Boyd White. The Legal Imagination". Abridged Edition. Chicago, Illinois : University of Chicago Press, 1973, 1 *A Readers Journal*, (2002).

Matherne, Bobby. "Book Review: James Boyd White. When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community". Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 1984, *A Readers Journal*, (1987).

Mautner, Menachem. "Three approaches to Law and Culture", 96 *Cornell Law Review*, 839 (2011).

Melville, Herman. *Billy Budd*, Cátedra, 2009.

Momigliano, A. *Studies in Historiography*, Harper Torchbooks, 1966.

Morawetz, Thomas. "Ethics and Style: The Lessons of Literature for Law (Book review) : Richard Weisberg. Poethics and other strategies of Law and Literature". New York: Columbia University Press, 1992, 45 *Stanford Law Review*. 497 (1992-1993).

Nussbaum, Martha C. *Law's Knowledge*, Oxford University Press, 1990.

Nussbaum, Martha C. *Poetic Justice: Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press, 1995 (trad. española: Justicia poética: La imaginación literaria y la vida pública, Andrés Bello, Barcelona, 1997).

Nussbaum, Martha C. *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires, Katz Editores, 2006.

Nussbaum, Martha C. *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Katz Editores, 2010.

Ortega y Gasset, José. "Miseria y esplendor de la traducción", en *Obras completas*, vol.5, 7ª edición, Madrid 1970.

Page, William H. "Review essay : The Place of Law and Literature. Robert A. Ferguson. Law and letters in American culture. Richard H. Weisberg. The failure of the word : the lawyer as protagonist in modern fiction. James Boyd White. When words lose their

meaning: constitutions and reconstitutions of language, character and community", 39 *Vanderbilt Law Review*, 391 (1986).

Perelman, CH. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979.

Petch, Simon. "Law as Literature?", pág. 127.

Posner, Richard A. *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

Posner, Richard. "Law and Literature: A Relation Reargued", 72 *Virginia Law Review*, 1351 (1986).

Posner, Richard. *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Cambridge: Harvard University Press, 1988.

Posner, Richard A. "From Billy Budd to Buchenwald (reviewing Weisberg, Richard H, The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction (1984)". 96 *Yale Law Journal*, 1173 (1987).

Posner, Richard A. "Comment on Richard Weisberg's Interpretation of Billy Budd", 1 *Cardozo Studies in Law & Literature*, 71 (1989).

Peters, Julie Stone. "Law, Literature and the Vanishing Real: On the Future of an Interdisciplinary Illusion", 120 *Modern Language Association*, 443 (2005).

Pether, P. "Acts of hope. James Boyd White, Acts of hope: creating authority in literature, law, and politics". 3 *Law Text Culture*, 276 (1997).

Pettinato, Tammy R. "An Anotated Bibliography of Law Review Articles Adressing Feminist on "law in Literature", 99 *Law Library Journal*, 55 (2007).

Sartre, Jean Paul. *¿Qué es la literatura?*, Losada, 1963.

Searle, John R. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, London: Cambridge University Press, 1969.

Seaton, James. "Review of James Boyd White's From Expectations to Experience", 13 *Cardozo Studies in Law & Literature*, 193 (2001).

Sidney, Philip. *The Defense of Poesy*, Oxford University Press, 1971.

Simoni, Christopher. Book review : "The Practicing Writer. Veda R. Charrow and Myra K. Erhardt. Clear and Effective Legal Writing. Tom Goldstein and Jethro K. Lieberman. The Lawyer's Guide to Writing Well. Richard H. Weisberg. When Lawyers Write". *Scribes Journal of Legal Writing*, 167 (1990).

Shakespeare, William . *El mercader de Venecia*, Cátedra, 2005.

Sokol, B. J and Mary , "Shakesperare and the English Equity Jurisdiction: The Merchant of Venice and the Two Texts of King Lear", 50 *The Review of English Studies*, New Series, 417 (1999).

Solove, Daniel J. "Melville's Billy Budd and Security in Times of Crisis". 26 *Cardozo Law Review*, 2443 (2005).

Talavera, Pedro. *Derecho y literatura*, Comares, 2006.

Tave, Stuart M. *Some Words of Jane Austen*, Chicago: University of chicago Press, 1973.

Ward, Ian. *Law and Literature: Possibilities and Perspectives*, Cambridge University Press, 1995.

Ward, Ian. *Law and Literature: Possibilities and Perspectives*, Cambridge University Press, 1995.

Ward, Ian. "From Literature to Ethics: The Strategies and Ambitions of Law and Literature", 14 *Oxford Journal of Legal Studies*, 389 (1994).

Weil, Simone. "L'Illiade, ou le poème de la force", *Cahiers du Sud* (Diciembre de 1940-Enero de 1941).

Weisberg, Robert. "The Law and Literature Enterprise", 1 *Yale Journal of Law and Humanities*, 1 (1988-1989).

West, Robin. "The lawless adjudicator", 26 *Cardozo Law Review*, 2253 (2004-2005).

Wolf, Harriet Bearman. "Book Review: James Boyd White. The Legal Imagination". Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 1985, 26 *Santa Clara Law Review*, 519 (1986).

Wigmores, John H. "A List of Legal Novels", 2 *Illinois Law Review*, 575 (1907-1908).

Zan, Myint. "Book Review : James Boyd White. Acts of Hope : Creating Authority in Literature, Law and Politics". Chicago, Illinois : University of Chicago Press, 1994, 1 *Newcastle Law Review*, 117 (1995).

"Law and Himanities Blog" <http://lawlit.blogspot.com/>

"Symposium Law and Literature", 39 *Mercer Law Review*, 739 (1976).

# ANEXO





---

# **“Derecho y literatura”**

## **Origen, tesis principales y recepción en España**

---

Working Paper

**Resumen:** Este trabajo describe el origen y las tesis principales del movimiento *Law and Literature Studies* y esboza una primera aproximación a su recepción doctrinal en España. Se trata de una corriente teórica surgida en el seno de academia norteamericana en los años setenta y ochenta del pasado siglo como reacción al positivismo jurídico entonces dominante y propone un cambio de rumbo del Derecho en dirección hacia lo literario. Y así, por un lado, presenta la literatura como el mejor método para la formación de los juristas en la dimensión ética del Derecho y, por otro, estudia las características que ambos comparten en su común condición de “texto”. Estas dos perspectivas constituyen las dos líneas principales de investigación del movimiento: respectivamente, “Derecho en la literatura” y “Derecho como literatura”

**Palabras clave:** “Derecho y literatura”; sentimiento jurídico; interpretación; retórica.

*Law and Literature Studies* es un movimiento surgido en el ámbito de las universidades americanas que, desde los años setenta del siglo pasado, ha ido ganando importancia a través de las cada vez más numerosas aportaciones doctrinales -que han dado ocasión a intensos debates académicos- y de su progresiva implantación en los programas de enseñanza del Derecho<sup>828</sup>.

No va a pretender constituir este movimiento una nueva concepción o teoría del Derecho, pero tampoco se limita a la simple asociación de dos disciplinas. Hasta el momento, se trata de un conjunto de aportaciones individuales y no totalmente coincidentes que, alentadas por un ambiente cultural propicio y tratando de contrarrestar ciertas tendencias de la práctica jurídica, van a intentar dar un nuevo rumbo al Derecho en dirección hacia lo literario. Esto, por otra parte, va a hacer inevitable el replanteamiento de viejas y fundamentales cuestiones del Derecho.

Esta nueva orientación es consecuencia de la búsqueda incesante por parte del Derecho de un modelo, de un método, de diferentes puntos de vista que lo enriquezcan, que le den sentido, que lo hagan más humano, más efectivo o más justo. Por ello, para tratar de comprender el porqué de esta aproximación a la literatura, qué es lo que realmente se busca, cuáles son las necesidades a las que se enfrenta etc., resulta fundamental hacer referencia al contexto en que el movimiento comienza a gestarse.

En primer lugar, haré una descripción de algunas de las circunstancias que desde mi punto de vista son relevantes para su nacimiento y posterior desarrollo. A continuación, teniendo en cuenta que no existe un manifiesto común o unos principios programáticos aceptados por todos, y que es un movimiento que continúa creciendo, y por tanto,

---

<sup>828</sup> “*Law and Humanities Blog*”, disponible en <http://lawlit.blogspot.com/>, proporciona una relación completa y actualizada de los libros y artículos sobre este tema, así como los Syllabus que sobre la asignatura ofrecen diferentes universidades norteamericanas.

abierto a nuevas aportaciones, trataré de explicar algunas de las tesis más representativas.

### **Origen, contexto y temas.**

Decía que el origen del movimiento “Derecho y literatura” se sitúa en los años setenta, aunque es propiamente a partir de los ochenta cuando empieza a tener un auge y desarrollo que ha continuado hasta nuestros días<sup>829</sup>. Se inicia en un ambiente cultural dominado por el paradigma posmoderno y su crítica a los valores modernos de racionalidad científica y técnica, donde, entre otras cosas, cobra especial relevancia lo idiosincrático y subjetivo, la ruptura de las fronteras disciplinares o la pérdida de la univocidad del lenguaje.

Junto a este ambiente cultural hay que señalar la enorme influencia que en esta misma época tienen, en el Derecho norteamericano, las diversas y heterogéneas corrientes que derivaron del Realismo jurídico. El objetivo de este movimiento, que tuvo su origen a finales del siglo XIX y comienzos del XX, fue el de tratar de modelar la práctica del Derecho en busca de una mayor eficacia. Y es que en una época como aquella del cambio de siglo, de grandes transformaciones económicas, tecnológicas y culturales, así como de fuerte conflictividad social, la aplicación formalista de la ley y su uso mecánico del precedente y de la tradición, dificultaba enormemente el desarrollo de un Derecho acorde a los nuevos intereses sociales.

El Derecho trató entonces de huir del formalismo que le impedía ser eficaz y encontró en las ciencias sociales la mejor manera de conocer las verdaderas necesidades colectivas, cuya satisfacción constituiría su fin esencial. Tanto los legisladores como los jueces –a los que se les permitía una amplia discrecionalidad- habrían de conceder gran peso en sus decisiones a esos datos y conocimientos de carácter científico. Cobran especial auge los estudios estadísticos (Holmes), sociológicos (Ross) o

---

<sup>829</sup> El libro de James Boyd White, *The Legal Imagination*, The University of Chicago Press, 1973, es considerado el título pionero del movimiento *Law and Literature Studies*

antropológicos (Llewelly), bajo la influencia de los cuales surgen nuevas y muy diferentes corrientes, como el movimiento de “Derecho y sociedad”, “el análisis económico del Derecho”, las teorías feministas o “los estudios críticos del Derecho”. Y es precisamente la importancia alcanzada por alguna de estas corrientes a principios de los años setenta lo que propició, de alguna manera, por reacción, el nacimiento del movimiento “Derecho y literatura”. De entre todas ellas, destacaré “el análisis económico del Derecho”, no sólo por el gran impacto que empieza a tener en estos años sino también por la referencia constante al mismo de los primeros autores del movimiento “Derecho y literatura”. Y es que éstos, como veremos, comienzan llamando la atención sobre las deficiencias que plantea la aplicación al Derecho del positivismo metodológico de las ciencias.

El gran peso y la aceptación que en la práctica del Derecho habían alcanzado la perspectiva de las ciencias sociales, los datos empíricos, la utilización de categorías, métodos y técnicas de la economía y la aplicación de un enfoque coste-beneficio suponen, sin duda, una contribución al Derecho en su necesidad de ser eficaz. Sin embargo, no armonizan con los valores de la mentalidad posmoderna, en medio de los cuales crece “Derecho y literatura”. Esta disciplina cuestiona los métodos de las ciencias aplicados al Derecho al destacar que éste no regula en realidad fenómenos naturales repetitivos sino comportamientos de seres humanos libres, los cuales no son asimilables a clasificaciones, estadísticas o unas pautas de conducta determinadas.

Frente a la concepción abstracta y simplificadora que las ciencias proponen de la naturaleza humana, estos autores acuden a la literatura para constatar su rica complejidad irreductible a regularidades científicas. Las obras literarias son reflejo de un mundo de valores, muchas veces conflictivos, y de ideas de justicia, de libertad, de seguridad, de igualdad, que configuran la concepción del Derecho de una sociedad dada.

Pero, además, de la aproximación entre lo jurídico y lo literario y de su comparación se van a extraer consecuencias importantes para el Derecho en el campo del lenguaje, la interpretación y la argumentación. Para ambas, el lenguaje natural, ordinario, no científico, constituye su

herramienta fundamental, por lo que quedarán especialmente afectadas por la pérdida de univocidad del mismo. Se destaca que son esencialmente interpretativas y admiten una pluralidad de criterios y procedimientos de interpretación. Por esa razón se va a encontrar en la retórica el modo más adecuado para la argumentación jurídica.

Quedan así dibujados los dos modos en que el Derecho puede aprender de la literatura, que se corresponden con las dos principales líneas de investigación que ha seguido el movimiento:

1. El Derecho *en* la Literatura: el estudio de determinadas obras de la literatura y de motivos jurídicos en ellas como una forma especialmente idónea para la reflexión y comprensión más profunda de la naturaleza del Derecho.
2. El Derecho *como* Literatura: el análisis de las características comunes de ambos en cuanto que comparten su condición de “textos”.

En la reacción que “Derecho y literatura” emprende contra la excesiva influencia del “análisis económico del Derecho” pueden advertirse las antiguas tensiones entre las ciencias naturales y las ciencias del espíritu (humanísticas y retóricas). Yendo aún más lejos, podría entenderse “Derecho y Literatura” como un replanteamiento, desde otra perspectiva, de las cuestiones históricamente estudiadas dentro del tradicional tratado de Derecho natural en su relación con el Derecho positivo. Porque en el Derecho natural se ha encontrado siempre el fundamento moral para los límites que el Derecho positivo debe respetar –sin ellos, las leyes jurídicas podrían ser inmorales o a morales- y, por su parte, “Derecho y Literatura” explora también esos mismos límites del Derecho positivo tratando de abrir la realidad jurídica a un mundo de valores y bienes morales reflejados y también modelados por las obras literarias.

## El derecho en la literatura.

Conviene insistir desde el principio que en “Derecho y Literatura” no existe un punto de vista unitario compartido por todos los autores sino que su aportación consiste en reflexiones particulares que desde enfoques distintos ven en el tratamiento literario del Derecho una manera especialmente idónea de reflexión y conocimiento del mismo. En esta línea de investigación caben tanto el análisis de motivos jurídicos en las obras literarias como el sentimiento de empatía o de identificación psicológica con los personajes de ficción que se demuestran muy relevantes para la comprensión y el ejercicio del Derecho.

### 2.1 Educación poética.

Una de las primeras y principales aportaciones al tema es la llevada a cabo por RICHARD WEISBERG. Este autor, en su influyente *Poetics and Other Strategies of Law & Literature* (1992)<sup>830</sup>, parte de la constatación de un cierto vacío ético en el pensamiento y práctica jurídicos, resultado de la concurrencia histórica del pensamiento posmoderno y el predominio del “análisis económico del Derecho”, coincidentes ambos, aunque por distintas motivaciones, en abstraer del hecho jurídico sus presupuestos éticos.

La literatura es para él un medio accesible y vivo para aprender Derecho desde un punto de vista ético. Se encuentra en las obras literarias la manifestación más expresiva de esa inquebrantable y necesaria unión entre los valores y el Derecho, que la utilización de métodos científicos ha obviado. Este interés del Derecho por la literatura y la consideración de

---

<sup>830</sup> Richard Weisberg, *Poetics and other Strategies of Law and Literature*, New York: Columbia University Press, 1992. Aunque este libro supone la primera contribución importante del autor al movimiento y está ya orientado a su utilización en los cursos universitarios sobre “Derecho y literatura”, algunas de las ideas en él expresadas parten de tesis expuestas por el mismo autor en *The Failure of the World*, Yale University Press, 1984. En esta monografía Weisberg realiza un examen de novelas de grandes autores literarios como Dostoievski, Flaubert, Camus y Melville, y, dentro de ellas, de personajes representantes de lo jurídico (jueces, abogados, notarios), en cuyo formalismo vacío y artificial encuentra la causa del “fracaso del mundo” al que se refiere el título. Richard Weisberg, además de un miembro destacado del movimiento, fue uno de los fundadores en 1978 del *Law & Humanities Institute*.

ésta como especialmente idónea en la enseñanza jurídica, si bien se reclama como algo pertinente en el contexto de estos años noventa, no es, sin embargo, algo completamente nuevo. Ya John Wigmore a principios de siglo (en su conocida propuesta de “100 novelas de Derecho”) o Benjamín Cardozo poco después mencionaban a novelistas y poetas entre los más importantes profesores Derecho<sup>831</sup>

En un principio, Weisberg da preferencia al estudio de las grandes obras maestras. Afirma que es mucho más importante que los abogados lean a Shakespeare y Dickens que a Derrida o Rorty, porque la sensibilidad de los grandes autores para captar la realidad y su relación con el Derecho, con una expresión narrativa, constituye el mejor medio para acceder a ciertas ideas de carácter jurídico. Resultaría entonces necesario para Weisberg comenzar el estudio del “Derecho en la literatura” con ellos, lo cual no le impide admitir, en etapas posteriores, obras actuales de calidad, especialmente aquellas que traten asuntos de minorías<sup>832</sup>

Con el estudio del “Derecho en la literatura” no se trataría tanto de invalidar otras tendencias coetáneas como de contrarrestar sus excesos a través de una ampliación en la formación de los juristas con la aportación de la perspectiva literaria. Y así el juez RICHARD POSNER<sup>833</sup>, siendo uno de los precursores y máximos representantes del movimiento “*Law and Economics*”, sin embargo reconoce en la práctica jurídica un exceso de racionalidad y neutralidad moral que contrasta con la humanidad y pasión de la literatura, viendo en ella, además, la posibilidad de proporcionar

---

<sup>831</sup> John H. Wigmore, “A List of 100 Legal Novels”, *Illinois Law Review*, 1908, 2, pág. 574, reeditada y revisada en la misma revista en 1922; Benjamin N. Cardozo, “Law and Literature”, *Yale Review*, 1924-25, 14, pág. 699.

<sup>832</sup> Esta recuperación del “canon literario occidental” no ha disminuido el interés por “Derecho y literatura” por parte de la crítica literaria postmoderna, en principio opuesta a esa recuperación. La pertenencia al movimiento de Geoffrey Hartman y Stanley Fish, miembros del *Law and Humanities Institute* y al mismo tiempos relevantes autores receptivos a los presupuestos postmodernos, demuestra que el “Derecho y la Literatura” ha estado siempre en lo más puntero de los métodos literarios. Por otro, caben destacar, entre otros, los trabajos de Judith Koffler o Robin West, que han abordado las relaciones entre Derecho y literatura desde una perspectiva feminista.

<sup>833</sup> Richard A. Posner, *Law and Literature*, Cambridge: Harvard University Press, 2000.



ciertos valores que son del todo idóneos para el jurista, como pueden ser la imparcialidad, la empatía o la ocasión de adquirir perspectiva y conciencia respecto aquellos diferentes.

Es pues una característica de este movimiento, la disparidad de procedencias entre sus principales defensores desde sus orígenes, lo cual, de alguna manera, sugiere el reconocimiento de una necesidad que supera cualquier ideología o tendencia.

## 2.2. Justicia literaria.

Un ejemplo de ello son las tesis mantenidas por MARTHA NUSSBAUM en *Poetic Justice* (1995)<sup>834</sup>, donde arroja nueva luz sobre las influencias de la literatura en el razonamiento público y especialmente en el ámbito jurídico, partiendo de una concepción del Derecho muy diferente de la de Posner.

Es precisamente a través del análisis de la obra de Dickens *Tiempos difíciles* como la autora nos muestra las carencias y los errores a que pueden conducir concepciones extremas de los modelos utilitaristas de elección racional y de los enfoques economicistas. Y es que éstos, al tratar de encontrar por un procedimiento maximizador una solución eficaz a todo problema, mantienen una visión abstracta y general del ser humano, que contrasta con la diversidad concreta que la novela nos muestra, y convierten a la persona en un mero dato que forma parte de una compleja operación matemática, ignorando el misterio y complejidad de cada vida, su intriga y dolor frente a sus elecciones, sus luchas y perplejidades, sus complicadas emociones, sus esfuerzos de comprensión y hasta su terror. La literatura es entendida, por sus características intrínsecas, como un compendio de valores capaces de concienciar sobre esos excesos y el método ideal para corregirlos.

---

<sup>834</sup> Martha Nussbaum, *Poetic Justice. Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon, Press, 1995. Hay traducción española: *Justicia poética: La imaginación literaria y la vida pública*, Andrés Bello, Barcelona, 1997, que es la que se cita.

Y ello porque la novela nos invita a hacer ejercicios psicológicos extremadamente útiles a este propósito, como el de colocarnos en el lugar de personas muy diversas, generándonos empatía y compasión hacia ellas y haciéndonos ejercitar la imaginación y la fantasía<sup>835</sup>, aptitudes, en opinión de la autora, moralmente cruciales sin las que la razón, al prescindir de la “simpatía”, se vuelve fría y cruel. Además pone en funcionamiento las emociones<sup>836</sup>, obligándonos a ver de cerca muchas cosas que pueden ser dolorosas de enfrentar y que, de otra forma, es posible que desconociéramos. Y tienen la capacidad especial de darnos a conocer formas generales de necesidad y de deseo humanos a través de situaciones concretas.

Pero para Nussbaum no serviría cualquier novela y así, aunque reconoce el valor del estudio, por ejemplo, de la tragedia clásica e Isabelina, sin embargo considera como las más apropiadas las novelas realistas angloamericanas, sobre todo aquellas en que se traten temas políticos y sociales. Y además de la elección de una buena novela, la autora nos señala que resulta fundamental lo que denomina “la conversación crítica”, es decir, no sólo contrastar lo que hemos leído con nuestra experiencia, sino con las reacciones y argumentos de otros lectores, de tal forma que sus percepciones cuestionen o complementen la nuestra.

Lo que se reivindica es que el Derecho sea un campo humanista además de científico, y se interese en el cambio histórico, en la complejidad de los contextos reales y en la diversidad de los casos, donde las reglas fijas cumplen una función esencial siempre sepan acomodarse a circunstancias y valores cambiantes, enfrentándose a valores concretos. Por ello es aconsejable que los juristas y, por su papel trascendental, en especial los jueces tengan una formación más extensa que la puramente

---

<sup>835</sup> Sobre la imaginación: *Ibid.* págs. 25-38. Sobre la fantasía: págs. 39-83.

<sup>836</sup> Sobre las emociones: *Ibid.* págs 85 -114. Para un análisis más detallado del mismo tema, la más reciente publicación de la misma autora: *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires, Katz Editores, 2006.

legal, una formación en humanidades que les proporcione la capacidad para ver la vida de la gente a la manera del novelista<sup>837</sup>.

En este orden de ideas, cabe añadir que son muchos los estudios que en los últimos decenios, y al amparo de la nueva disciplina, se han hecho de obras de literatura -lo que ha dado ocasión a importantes reflexiones sobre diferentes cuestiones del Derecho- y que en la actualidad, con matices y estrategias diferentes, un elevado número de universidades norteamericanas han incorporado en sus planes de estudios jurídicos la asignatura de “Derecho en la literatura”.

Ahora bien, lo dicho hasta ahora representa únicamente uno de los dos aspectos del movimiento, ya que además de reivindicar la validez del aporte de conocimiento que la literatura realiza al Derecho, el nuevo movimiento va a descubrir que el Derecho es hoy, en la inmensa mayoría de los casos, un *texto escrito* y en cuanto tal un fenómeno literario. El texto jurídico y el texto novelístico o teatral serían sólo dos especies dentro de un género más amplio que comprendería todo texto literario. Visto así, es evidente que se pueden encontrar entre Derecho y literatura muchas similitudes, que son las que estudia la segunda de las anunciadas líneas de investigación: el “Derecho como literatura.”

### **3. Derecho como literatura.**

En la aproximación del Derecho a la literatura, el primero aprende de la segunda a ahondar en la naturaleza humana, en los sentimientos de justicia, libertad, de la pobreza, marginación, etc., en definitiva, a percibir un cúmulo de valores y conceptos difíciles de explicar y de entender como conceptos abstractos pero que a través de la narrativa calan en nosotros con total naturalidad y hondura, generando una visión y unos hábitos que son muy educativos para el jurista.

---

<sup>837</sup> Sobre lo que Nussbaum denomina “juez literario”, *Justicia poética*, op. cit. págs. 138-159.

### 3.1. Lenguaje

El Derecho siente la necesidad de recuperar esa perdida fuerza narrativa de la literatura. Será el profesor JAMES BOYD WHITE quien primero va a plantear estas cuestiones en *The Legal Imagination* (1973). Este libro, destinado fundamentalmente a estudiantes de Derecho, parte de la consideración del mismo como una actividad literaria que genera un tipo de literatura social y una manera particular de hablar de la gente. En su obra trata de hacer reflexionar a los alumnos sobre este asunto, y les muestra como el Derecho comparte con la literatura el uso de un lenguaje natural, ordinario, no formalizado, en contraposición al que normalmente emplea las ciencias<sup>838</sup>.

En efecto, el Derecho escrito moderno, al igual que la literatura, se articula sobre todo a través de textos. Esta realidad incuestionable supone un punto en común trascendental entre ambas disciplinas. Para ambas el lenguaje es su herramienta fundamental. La literatura utiliza un lenguaje natural, connotativo, y es éste mismo el que en gran medida ocupa los textos jurídicos, existiendo una tendencia progresiva a que esto sea así, y que es impulsada por la conciencia de la necesidad de que el Derecho pueda ser conocido y entendido por personas comunes, no profesionales del mismo. Esta preocupación por el lenguaje se enmarca dentro de las tendencias filosóficas del siglo XX que se han caracterizado por un “giro lingüístico” y que hacen del lenguaje común y natural el centro de la reflexión filosófica.

White también establece un paralelismo en la forma de proceder de los jueces y los poetas, observando ciertas similitudes en las dificultades a las que ambos se enfrentan al tratar de traducir la realidad. Considera que la actividad judicial central consiste, en cierto sentido, en hablar de una

---

838 Ver también James Boyd White, “Reading Law and Reading Literature: Law as a Language”, en *Heracle's Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, University of Wisconsin Press, 1985, págs. 77-106.

cosa en términos de otra, de la vida en términos de Derecho. En la opinión del juez y en la metáfora de los poetas, la expresión viene dada entonces por una tensión inicial muy semejante. Como cada caso es diferente y presenta materiales para una diferente conversión, el juez debe estar atento al caso particular y su imaginación dispuesta a trabajar de nuevo. Cada opinión del juez es entonces una nueva metáfora. Ambas formas de expresión tratan de conectar lo particular con lo general, lo individual con lo representativo, y ambas se encuentran limitadas de forma parecida y tanto en una como en otra la complejidad y la ambigüedad son elementos importantes que deben estar siempre bajo el control del juez y del poeta<sup>839</sup>.

Esto y el hecho de que el lenguaje jurídico sea esencialmente connotativo, es decir, que adquiere su significado en el contexto y la forma en que es utilizado, conduce a Weisberg a pensar que el peso de las resoluciones judiciales no se encuentra, al igual que en un poema, en un resultado, sino en el proceso mismo, en cómo se llegue a él, adquiriendo la forma, en su combinación con la sustancia y formando con ella una unidad, la misma importancia trascendental que tiene en la literatura (lo que denomina "*poetic method for law*")<sup>840</sup>. Sería, por tanto, una característica común de ambas la "*literalidad*". El cómo se formula una resolución judicial condiciona el significado de la misma, quedando éste afectado ante cualquier reformulación. Recurre a las resoluciones de algunos jueces, y en especial a las del juez Cardozo, como ejemplos en los que se manifiesta la conciencia de la indisoluble unión entre la forma y la sustancia, entre el Derecho y las letras, donde el estilo literario se contempla como el ideal para que esa "forma sustancial" perviva y sea eficaz y, como demuestra la larga pervivencia y repercusión del estilo de las sentencias del propio juez Cardozo.

---

<sup>839</sup> J. B. White, *Heracle's Bow*, op. cit., págs. 211-242.

<sup>840</sup> Richard Weisberg, *Poetics and other Strategies of Law and Literature*, op. cit., págs 5 y ss.

En esta aproximación del Derecho a la literatura y en el estudio de sus características comunes, no se desconoce la diferente actividad que desempeñan los juristas y escritores, ni tampoco el hecho de que frente a la libertad e irresponsabilidad estética que caracteriza a los escritores, el Derecho tiene unos fines prácticos de organización social a los que la actividad de todo jurista debe servir. Pero sigue siendo válida la comparación arriba establecida entre ambas por las razones expuestas, lo que tiene importantes consecuencias en el campo de la práctica jurídica, especialmente en lo referente la interpretación y argumentación. Y es que la afirmación de que la literatura y, en gran medida, también el Derecho se expresan a través de un lenguaje natural, por tanto connotativo, va a provocar que en ambas disciplinas la actividad interpretativa adquiera una importancia teórica fundamental.

### **3.2. Retórica**

En este intento de distanciamiento del Derecho de las ciencias y en su aproximación a la literatura, se volverá a la RETÓRICA como al modo de argumentación más apropiado.

Los métodos científicos utilizan un tipo de lenguaje no interpretativo, denotativo, un lenguaje fijo que no experimenta cambios de significado ni variación contextual alguna, de tal forma que la verificación de la verdad no precisaría más que de la observación de unos hechos y de un razonamiento que hilvanara los argumentos de una forma lógica. Frente a ello, el movimiento “Derecho y Literatura” no sólo enfatiza la realidad de un lenguaje jurídico literario e interpretativo, sino que, al estar éste destinado a regular actividades de seres humanos, cuyos comportamientos son enormemente complejos y dependientes de valores, no puede dejar fuera de su razonamiento el aspecto valorativo. Resulta inevitable, por consiguiente, que el Derecho, además de observar, valore, y para valorar no es suficiente un razonamiento de carácter científico sino que se requiere un cierto arte retórico<sup>841</sup>. El juez tendrá que

---

<sup>841</sup> CH Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979, págs. 139-176.

tener en cuenta no sólo argumentos técnico-jurídicos expuestos de una forma lógica, sino también los valores que se encuentran en la sociedad, y en primer lugar el de justicia, a fin de que sus resoluciones no sólo sean más justas sino que además se perciban como tales.

Para el paradigma científico, la retórica es considerada una ciencia frustrada sólo capaz de establecer probabilidades, que en todo caso siempre podrán ser reemplazadas por las verdades o falsedades que la ciencia sí es capaz de probar. Con frecuencia se la asocia con el innoble arte de la persuasión, como una manera de instrumentalizar o manipular. Sin embargo, el reino de lo probable, lo que se cumple en unas condiciones particulares y desde una perspectiva local, es en verdad el único reino relevante de consideración por los seres humanos. Esto no quiere decir que las categorías de lo verdadero y bueno sean abandonadas, sino que en diferentes contextos tendrán un contenido diferente, dado que, en las relaciones sociales, no existe un lugar privilegiado para la verdad desde el que juzgar todas las situaciones posibles.

La recuperación de la retórica por “Derecho y Literatura” resultará favorecida por la generalización contemporánea de la hermenéutica a todas las disciplinas humanísticas, porque para ambas, la retórica y la hermenéutica, la verdad es un hecho contingente que asume formas distintas a la luz de diferentes necesidades y convicciones. La hermenéutica ayuda a comprender que la verdad misma –incluso la lógica y la científica– presenta algunos rasgos retóricos cuando se contempla como un “discurso” que se “construye” dentro de una comunidad y obtiene el consenso mayoritario en lucha con otros discursos alternativos<sup>842</sup>.

### **3.3. Verdad consensuada.**

---

<sup>842</sup> Ver James Boyd White, *Heracle's Bow*, op. cit., “Rhetoric and law: The Arts of Cultural and Communal Life”, págs. 28-48. El autor explica su visión del Derecho como una parte o un tipo de retórica, que él denomina “retórica constitutiva”.

Éste es el sentido de retórica que S TANLEY FISH toma en consideración en su libro *Doing What Comes Naturally* (1989)<sup>843</sup>. Afirma que el momento actual es el de la centralidad de la retórica al haber quedado demostrado que lo que ha sido llamado el “giro interpretativo” - esto es, la comprensión de que lo dado en cualquier campo de actividad, incluidos los hechos con los que se cuentan, los procedimientos en los que se confía, los valores expresados y a lo que se tiende, son social y políticamente contruidos- alcanza a todas las disciplinas humanas. Por tanto, los textos del Derecho y la literatura nunca podrían tener significado único ni encerrarán una verdad inmanente que deba permanecer, sino que tendrán la significación que el crítico literario o juez, en unas circunstancias determinadas, logre imponer retóricamente frente a otros, es decir, el que consiga convencer a los demás<sup>844</sup>.

Un ejemplo bastante expresivo para entender el punto de vista de Fish sobre la verdad retórica en el Derecho frente a concepciones positivistas y científicas de la misma, es su polémica con Hart sobre los *plain cases*<sup>845</sup>. Ante el temor de que el Derecho sea practicado de una forma arbitraria, Hart considera necesario regular y supervisar la interpretación para evitar que ésta sea contraria a los principios generales de justicia y equidad del Derecho. Si el peligro se encuentra en la interpretación, entonces la clave y el poder del Derecho se encuentra en el lenguaje, que para Hart –en una línea positivista- ha de ser objetivo, sencillo, científico y explícito, inmune a cualquier variación contextual y por lo tanto, resistente a cualquier interpretación. Y así Hart, en su búsqueda por encontrar algo que permanezca, que actúe como referente, llega a la conclusión de que una regla formulada adecuadamente en términos generales puede producir ejemplos de principios para su aplicación, y estos ejemplos constituir un conjunto de casos sencillos o

---

<sup>843</sup> Stanley Fish, *Doing What comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press, 1989.

<sup>844</sup> *Ibid.*, págs . 471-502.

<sup>845</sup> Ver “Force”, en *Ibid.*, págs. 503-524.



centrales en relación con los cuales otros menos claros pueden ser clasificados. Habrá que apreciar si el caso se parece suficientemente y en aspectos relevantes al *plain case*. Admite cierta discrecionalidad en la aplicación, pero limitada o marcada por un caso fácil.

No critica Fish la comparación de los nuevos casos con los ejemplos paradigmáticos, sino el hecho de que esto se considere como una contención de la interpretación y no un triunfo de la misma. No trata de poner en tela de juicio la existencia de los *plain cases*, que evidentemente existen, sino que sostiene que éstos no son más que casos previamente discutidos, retóricamente disputados y que sólo cuando demostraron ser más persuasivos que otras soluciones, quedaron finalmente establecidos y fijados. La sencillez o claridad no serían, en la concepción de Fish, una propiedad del caso en sí mismo, sino de una historia interpretativa, en el curso de la cual una determinada “agenda interpretativa” - con sus definiciones, distinciones, cánones de evidencia- ha dominado sobre otra. Esta historia, en principio cerrada, puede sin embargo en cualquier momento ser reabierta, y las asunciones establecidas por las que el caso adquiere su significado claro, pueden más tarde convertirse en objeto de debate.

Por lo tanto, aunque siempre habrá casos sencillos o paradigmáticos (Hart tiene razón al colocarlos en el centro del proceso de decisión), lejos de constituir una estancia en contra del poder de la interpretación, será precisamente el resultado de la fuerza de la misma<sup>846</sup>.

### 3.4. “Novela en cadena” y “comunidades interpretativas”.

---

<sup>846</sup> Otro nombre para este proceso es el precedente. Hart piensa en el precedente como un medio para controlar un caso presente indeterminado en referencia a uno ya determinado en el pasado (*plain case*). El agente que debe decidir ha de considerar si el caso al que se enfrenta se parece al *plain case* en grado suficiente y en aspectos relevantes. El parecido no sería para Fish, sin embargo, algo inmanente al objeto sino que emergería de la perspectiva de diferentes criterios que informan la percepción. Dos casos, como dos poemas, serían diferentes o no dependiendo de las categorías de diferenciación con las que son vistos. Lo que significa “parecido” o “diferente” es para Fish siempre un fenómeno construido o interpretativo que puede ser siempre reconstruido de nuevo.

Esta concepción del lenguaje jurídico y del razonamiento y la verdad retórica llevaría a concluir que tanto en el Derecho como en la literatura no hay significados resistentes a la INTERPRETACIÓN, sino que todos ellos son producto de la misma.

Hay dos autores en particular que coinciden en su crítica al positivismo jurídico y a una concepción del Derecho como sistema “objetivo” (exento de interpretación) de reglas y normas de aplicación mecánica, y que, en cambio, conciben el Derecho básicamente como una actividad interpretativa y cultural, lo que lo aproxima al acto de escribir y leer textos literarios. Sin embargo, esos dos autores polemizan entre sí sobre dónde se hallan los límites a esa interpretación, aquellos que impiden que ésta se deslice al terreno de un subjetivismo incontrolable y arbitrario.

RONALD DWORKIN propone su conocida “parábola” de una novela compuesta por un grupo de escritores, cada uno de los cuales es responsable de un capítulo<sup>847</sup>. En esta novela, el primer escritor comienza redactando el primer capítulo, que es completado por una cadena sucesiva de coautores, cada uno de los cuales acepta el texto previamente elaborado y lo continúa. Sólo el primer novelista tiene la responsabilidad de crear desde cero, porque los demás deberán leer todo lo que se ha hecho antes para establecer, en un sentido interpretativo, qué es lo que ha sido creado por la novela hasta ese momento y comprender a su manera cómo son realmente los personajes; qué motivos les guían; cuál es el tema; cómo algunas figuras o recursos literarios consciente o inconscientemente usados contribuyen a ello y deben o no prolongarse, pulirse, reducirse o eliminarse para dar a la novela una dirección u otra.

Dworkin defiende que decidir “*hard cases*” en Derecho es semejante a este ejercicio literario. La similitud se hace más evidente cuando los jueces consideran y deciden casos de “*Common Law*”, esto es,

---

<sup>847</sup> Ronald Dworkin, *A Matter of principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, págs. 158-162.

cuando no hay unas normas objetivas previas y el argumento gira en torno a las reglas o principios generales del Derecho que subyacen a las decisiones de otros jueces dictadas en el pasado. Cada juez es entonces como un novelista en la cadena. Debe leer lo que otros jueces han escrito en el pasado, no sólo para descubrir lo que éstos han dicho, sino para alcanzar una opinión sobre lo que ellos han hecho conjuntamente, de manera que cada juez- novelista se forme una opinión sobre la novela plural escrita hasta ahora. Cada juez debe considerarse como un compañero en una compleja cadena de innumerables decisiones, estructuras, convenciones y prácticas en que consiste la historia. Su trabajo es continuarla en el futuro. Debe interpretar lo que se ha hecho antes, porque tiene la responsabilidad de avanzar en la empresa colectiva que tiene entre manos. El deber del juez es entonces hacer la mejor interpretación posible que sea integral y coherente con la historia legal previa, sin tratar de inventar por su cuenta otra interpretación mejor.

En consecuencia, los límites a la interpretación vendrían dados por la coherencia e integridad con la jurisprudencia previa. Para STANLEY FISH, sin embargo, los límites “externos” que Dworkin pone a la interpretación son todavía demasiado objetivos y por tan to positivistas, siendo posible, a su juicio, hallar unos límites que son “internos” a la propia actividad interpretativa y que también ahuyentan el riesgo de nihilismo, arbitrariedad o capricho hermenéutico<sup>848</sup>.

En efecto, Fish argumenta que una interpretación subjetivista es imposible por la propia naturaleza del lenguaje. Nuestra conciencia subjetiva está lingüísticamente mediada y comprender el mundo es interpretarlo lingüísticamente. Ahora bien, el lenguaje es una creación social, es el producto de una comunidad. En consecuencia, toda comprensión individual depende de la “comunidad interpretativa”

---

<sup>848</sup> Sobre la crítica de Fish a Dworkin, véase *Doing What Comes Naturally*, op. cit, págs. 87-119.

(*interpretative community*)<sup>849</sup> a la que pertenece el intérprete. Si una actividad interpretativa subjetivista, libre de todo condicionamiento, es imposible, se debe a razones inmanentes al propio lenguaje, pues el individuo nunca puede pensar, interpretar o comprender fuera del marco interpretativo producido por la comunidad.

Todo intérprete adquiere el lenguaje de su comunidad interpretativa. En concreto, el profesional del Derecho ha pasado por un período de formación, ha aprendido en su etapa de estudiante un *know-how* y, entre otras habilidades, la de identificar un asunto o una cuestión relevante y la de proponer una respuesta entre otras posibles, comenzando así a situarse en un contexto comunitario, esto es, a pensar con las normas, principios, definiciones, rutinas y métodos definidas por la comunidad en la que se integra. Asunciones y categorías son entonces interiorizadas durante ese proceso, al final del cual el alumno adquiere un conocimiento tácito que es condición del pensamiento explícito.

No cabe un texto indeterminado, neutral, resistente a una interpretación. Y es que, según Fish, hay que eliminar la presunción de que los textos tienen propiedades pre-hermenéuticas pues se encuentran siempre situados o interpretados en un contexto. El sentido de una frase o enunciado viene determinado por el contexto en que se pronuncia, puede significar una cosa en unas circunstancias y otra si estas circunstancias varían. El desacuerdo sobre el significado de un enunciado se remite a una pluralidad de contextos en conflicto.

Y esto se puede aplicar de igual manera a los textos en su conjunto, literarios y jurídicos. Sobre estos últimos, si hay debates acerca del significado de, por ejemplo, un artículo de la Constitución, no se debe a una indeterminación o ambigüedad pre-hermenéutica del texto en cuestión, sino a la pluralidad de comunidades interpretativas que proyectan su sentido sobre él. Dependiendo de la comunidad o

---

<sup>849</sup> La idea de unas "*interpretative communities*" la desarrolla Fish en *ibid.*, págs 141 y ss. Y más extensamente en *Is There a Text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge: Harvard University Press, 1995.

comunidades interpretativas a la que pertenece el intérprete, se verá éste inclinado a hacer diferentes preguntas, a considerar diferentes cuerpos de información como fuentes de evidencia, a considerar diferentes líneas de investigación como relevantes o irrelevantes, y finalmente a alcanzar diferentes determinaciones sobre el significado.

Y, ¿cómo son resueltos estos conflictos? Todo conflicto es un reflejo de la pugna de concepciones sociales y políticas que compiten retóricamente por el control de la maquinaria del Estado. Los medios para resolverlos son también de naturaleza política, social e institucional. Se impondrá aquella interpretación que consiga persuadir a los de más de que su mundo de valores responde con mayor eficacia al sistema convencional de intenciones, metas y principios vigentes en una sociedad<sup>850</sup>.

#### **4. Estado de la cuestión en España. Problemas de recepción.**

En la presentación del movimiento "*Law and literature Studies*" me he basado en autores cuyas aportaciones contemplan una visión más general del movimiento. Pero hay que tener presente que las diferentes contribuciones teóricas se han expresado siempre en forma de artículos de revistas especializadas -algunas veces reunidas en monografías-, por lo que los estudios tienen un carácter parcial en cuanto a su contenido y presentan por otra parte una orientación claramente anglosajona. Es por este motivo por lo que en la exposición de sus orígenes y tesis principales ha resultado imprescindible prestar atención a opiniones concretas, más o menos insertadas en las dos líneas de investigación ya conocidas (Derecho en la literatura y el Derecho como literatura), sin que se perciba uniformidad de planteamientos en ninguna de ellas ni un análisis conjunto de ambas. Se echa de menos un planteamiento más sistemático o la propuesta de principios o fundamentos más generales que fueran también válidos para otras tradiciones jurídicas distinta de la anglosajona. Con todo, esta circunstancia no ha sido obstáculo para que el movimiento

---

<sup>850</sup> *Doing What Comes Naturally*, op. cit., págs. 128-132.

logre despertar un gran interés fuera de las fronteras del Derecho norteamericano, llegando a impactar en el ámbito europeo continental y con gran fuerza en el iberoamericano.

En España, por el contrario, es todavía insignificante el número de universidades que incorporan esta nueva propuesta interdisciplinar, y aunque sí puede advertirse una progresiva implantación de la retórica en los planes de estudio, el motivo o la intención de esta nueva incorporación no están relacionados, al menos de forma consciente, con la asunción de los planteamientos defendidos por el movimiento. Por otra parte, la recepción de *Law and Literature Studies* en el ámbito doctrinal, es decir, el estudio de su adaptación a nuestro sistema jurídico, es de momento muy escasa<sup>851</sup>.

En lo que sigue, trataré de hacer una primera aproximación a las posibilidades de aplicación al ordenamiento jurídico español de los principales presupuestos del movimiento, articulados en las dos líneas de investigación ya conocidas.

#### **4.1. Derecho en la literatura.**

En lo que se refiere a Derecho en la literatura, los estudios históricos del Derecho español constituyen un claro ejemplo de cómo en nuestro país, si bien desde perspectivas ajenas al movimiento, hay una tradición jurídica que conoce el fuerte nexo de unión existente entre estas dos disciplinas<sup>852</sup>. Y es que los estudios históricos, al tratar de conocer el

---

<sup>851</sup> Pedro Talavera, en *Derecho y literatura*, Comares, Granada 2006, tras hacer una presentación general del movimiento *Law and Literature Studies*, indaga sobre las posibilidades de aplicación del mismo al ámbito continental. El resto del libro lo dedica a exponer el resultado de las reflexiones realizadas sobre cinco relatos en las aulas universitarias. Por su parte, José Calvo González en *Implicación, Derecho, literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho* Comares, Granada, 2008, analiza especialmente las distintas intersecciones que se pueden establecer entre el Derecho y la literatura e incorpora nuevos argumentos y perspectivas a través de los estudios realizados por autores procedentes de Portugal, Inglaterra, Canadá, España y, con notable mayor extensión, de Latinoamérica.

<sup>852</sup> Merece la pena hacer mención, por su carácter pionero, del discurso pronunciado por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en el Instituto Mexicano de Derecho Procesal el 15 de enero de 1959, que puede encontrarse en *Estampas procesales de la literatura española*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. En él, tras un somero análisis de las relaciones entre el Derecho y la literatura (en

Derecho en un tiempo y en un lugar determinado, han sentido muy a menudo la necesidad de recurrir a otras manifestaciones culturales y, entre ellas, especialmente a la literatura, al proporcionar ésta un testimonio de inigualable valor para conocer la época o la mentalidad en la que se encuentra insertado el Derecho y por la visión que sólo ella, y no los textos jurídicos, puede proporcionar sobre la realidad del mismo.

Se trata por tanto de un conocimiento que se ha estimado útil y necesario no sólo en aquellas etapas de la historia en que la carencia de fuentes obliga a otras búsquedas, como sucede en las culturas de carácter básicamente oral, sino también en otras más cercanas. Este interés de los estudios de Historia del Derecho español por la literatura se manifiesta en la amplísima bibliografía que existe al respecto<sup>853</sup>. Pero la investigación sobre la presencia del Derecho en la literatura no ha excedido en España, por lo general, de un rastreo histórico, sin tomar en consideración las aportaciones de la moderna crítica literaria.

La aplicación de las tesis del movimiento “Derecho y literatura” supondría una ampliación de las perspectivas desde las que examinar los beneficios que la literatura puede proporcionar al Derecho, desbordando el ámbito meramente histórico. Y es que una de las grandes contribuciones al Derecho por parte de la literatura proviene de la naturaleza misma de ésta, pues en ella -sus personajes, peripecias y situaciones- encontramos el mejor camino para intuir los valores éticos, también los jurídicos, que son el fundamento del Derecho en un país o una comunidad determinados. Y lo es porque la comprensión de dichos valores éticos no es posible a través de conceptos, lingüísticamente

---

el que se pone de manifiesto, entre otras cosas, la in cuestionable contribución de la literatura al señalamiento y denuncia de las lacras sociales) y una alusión bibliográfica al gran número de trabajos que ya en su tiempo el estudio del contenido jurídico de obras literarias ha provocado, comenta los aspectos procesales que aparecen en una rica variedad de composiciones de la literatura española, mostrando cómo estas aparentes exageraciones literarias tienen casi siempre una conexión directa con la realidad, por la que con frecuencia son incluso superadas.

<sup>853</sup> El artículo de Faustino Martínez Martínez, “Derecho común y literatura: dos ejemplos de los siglos XVI y XVII”, *Anuario mexicano de Historia del Derecho*, XVII, 2005, reúne una completa y valiosa bibliografía sobre los estudios relativos a la presencia del Derecho en la historia de la literatura española.

enunciados y captados por el intelecto, sino sentimentalmente a través de casos concretos que se perciben por los sentidos y la imaginación. Una definición abstracta de qué es lo justo o lo injusto, o qué se entiende por marginación, racismo, desigualdad o abuso de poder, carece de la evidencia que es propia de los casos concretos porque sólo en lo concreto de personas y situaciones los valores se encarnan y cristalizan. Al ofrecernos la literatura un amplísimo repertorio de estos casos, se revela como un medio especialmente idóneo para acceder a la comprensión de aquellos valores que conforman el Derecho y a cuyo entendimiento no es fácil llegar de otra forma.

Pero no es sólo que en literatura cristalicen los valores vigentes en una sociedad y los haga visibles e intuibles para los lectores. Además las obras literarias influyen y modelan esos mismos valores y condicionan así el desarrollo o evolución del Derecho teniendo un papel fundamental en la formación de la conciencia social, la cual, a través de la literatura, llega a sentir por primera vez que determinadas reivindicaciones individuales son justas, o que situaciones creadas son injustas y deben corregirse, por lo que, en este caso, es la literatura la que genera el valor, despierta conciencias y suscita en el lector la empatía y el sentimiento de lo justo y de lo injusto que, a la larga, puede ser ocasión para reformas de una legislación que una nueva sensibilidad, educada por la literatura, ha convertido en anticuada. La literatura sería una pieza esencial en la incesante “la lucha por el Derecho”.

El Derecho, en conclusión, puede aprovechar el entendimiento que sobre valores de justicia le ofrece la literatura de una forma narrativa y utilizar ese conocimiento para una reflexión crítica sobre la legislación vigente. La incorporación de esta línea del movimiento a la enseñanza del Derecho en España no presenta especiales problemas de recepción. El que esta propuesta haya surgido en el seno del “*common law*” no impide su aplicación al sistema continental europeo, cuyas fuentes jurídicas se componen mayoritariamente de una jerarquía de normas escritas. Al contrario, podrá fácilmente iluminar este normativismo legal mostrando su conexión con valores y principios, que la literatura plasma y hace evidente para el lector.



Una vez analizados los posibles beneficios que a la formación de todo jurista podría aportar el estudio del Derecho en la Literatura, me adentraré en la más compleja línea de investigación del movimiento que, hace referencia al aspecto formal e interpretativo del Derecho. En este punto el Derecho trata de separarse de la frialdad y conceptualismo de las ciencias naturales para acercarse al modelo literario, con el que comparte elementos comunes esenciales.

#### **4.2. Derecho como literatura.**

Antes de entrar en consideración alguna, he de decir que esta pretensión literaria del Derecho –es decir, la del Derecho como literatura– me parece en todo caso legítima. No se trataría, a mi juicio, de una unión experimental o una acrobacia más o menos sofisticada de académicos posmodernos, sino de la reintegración de la antigua unidad entre lo jurídico y lo literario existente en el origen mismo del Derecho, en las épocas de la cultura oral, y que se ha prolongado en buena parte de las etapas posteriores de la historia, de lo cual figuras como Solón (legislador y poeta), Cicerón (jurista y elocuente orador) o los humanistas de Renacimiento –versados en filología, Derecho y retórica, y encargados en las Cancillerías para redactar leyes– son sólo una muestra.

Por el contrario, es más bien la radical desvinculación moderna entre el Derecho y la Literatura lo que debemos considerar anómalo. El Derecho y la Literatura producen textos –juristas y literatos son por igual “hombres de le tras”– y todos los textos, también los jurídicos, son susceptibles de un análisis estilístico y formal, y para ello las reglas de la antigua arte retórica y la más avanzada crítica literaria puede llegar a ser de un gran interés para la comprensión que el Derecho tenga de sí mismo. Es importante insistir que no se pretende en modo alguno la disolución de una disciplina en otra, identidad o confusión entre ellas –a lo que llevaría quizá una postura postmoderna radicalizada– sino simplemente destacar las analogías entre dos clases de textos que usan un lenguaje ordinario y natural, no codificado –el cual encierra siempre de forma implícita una imagen o interpretación del mundo–, y que se orientan por igual a persuadir retóricamente a sus destinatarios.

Las pretensiones interpretativas y retóricas del movimiento, formuladas en el contexto del “*Common Law*”, plantean, a primera vista, problemas de recepción en un sistema legalista y altamente codificado como el continental europeo, caracterizado por un menor margen de discrecionalidad judicial y, en consecuencia, un limitado espacio para la argumentación retórica. Sin embargo, en las sociedades europeas contemporáneas, dotadas de Constitución escrita en la cúspide de la jerarquía normativa e integrada en su parte dogmática por un conjunto de principios generales y tablas de derechos, los jueces e intérpretes de la ley han recuperado su protagonismo incluso en los sistemas continentales. Los jueces aplican unas leyes cuyo cabal entendimiento está condicionado por el alcance de esos valores y principios constitucionales, genéricamente enunciados y muy abiertos a una pluralidad de interpretaciones, de modo que el esfuerzo interpretativo y argumentativo que esos operadores jurídicos deben realizar, así como el marco de su discrecionalidad, es ahora mucho mayor, estando obligados a llevar a cabo una difícil labor de ponderación de la ley y de razonabilidad de su aplicación a la luz de los valores constitucionales<sup>854</sup>.

En este sentido, si ya la naturaleza de texto hace del Derecho escrito una cuestión literaria importante, la relevancia adquirida por las Constituciones favorece también la aproximación del Derecho a la literatura incluso en ordenamientos jurídicos como el español. En los sistemas continentales, en los que el positivismo de la ley aspira a ser integral y carente de lagunas, la ley escrita acostumbra a delimitar con gran precisión sus presupuestos de hecho y consecuencias jurídicas, y el espacio para la argumentación y la motivación de las decisiones judiciales es menor, en principio, que en los sistemas anglosajones basados en el

---

<sup>854</sup> A este respecto, Manuel Atienza, en *Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, págs. 52 y ss., nos advierte de cómo, desde aproximadamente finales de los años setenta del pasado siglo, y a consecuencia de los cambios provocados en los sistemas jurídicos por el avance del Estado constitucional, se está gestando una nueva concepción del Derecho que ya no se deja definir por los parámetros normativistas clásicos. Atienza enuncia una serie de rasgos que son significativos de este cambio de concepción, siendo uno de ellos una concepción del Derecho que entiende éste como una actividad argumentativa e interpretativa, una realidad dinámica y una práctica social compleja que incluye algo más que normas y en la que los principios ocupan un lugar de privilegio.

precedente. Sin embargo, incluso en ellos, cuando están dotados de una constitución escrita, al tener por encima del positivismo de la ley un mundo de valores no definibles *a priori*, exigen nuevamente del juez una interpretación de esos presupuestos y consecuencias jurídicas a la luz de dicho mundo de valores, necesitados de argumentación en cada caso concreto.

## 5. Bibliografía.

Atienza, Manuel: *Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto: *Estampas procesales de la literatura española*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

Binder, Guyora & Weisberg Robert: *Literary Criticisms of Law*, Princeton University Press, 2000.

Boyd White, James: *The Legal Imagination*, The University of Chicago Press, 1973.

Boyd White, James: *Heracle's Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, University of Wisconsin Press, 1985.

Boyd White, James: *Justice as Translation*, The University of Chicago press, 1990.

Boyd White, James: *Creating Authority in Literature, Law and Politics*, The University of Chicago Press, 1994.

Brook, Thomas: *Cross Examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe and Melville*, Cambridge University Press, 1987.

Brooks, Peter & Gewirtz, Paul: *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, Yale University Press, 1996.

Calvo González, José: *Implicación, Derecho, Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, Comares, Granada, 2008.

Cardozo, Benjamin N.: "Law and Literature", *Yale Review*, 1924-25, 14.

Dworkin, Ronald: *A Matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

Ferguson, Robert. A.: *Law and Letters in American Culture*, Harvard University Press, 1984.

Fish, Stanley: *Doing What comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press, 1989.

Fish, Stanley: *There is No Such Thing as Free Speech*, Oxford University Press, 1994.

Fish, Stanley: *Is There a Text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

Martínez Martínez, Faustino: "Derecho común y literatura: dos ejemplos de los siglos XVI y XVII", *Anuario mexicano de Historia del Derecho*, XVII, 2005.

Nussbaum, Martha: *Poetic Justice. Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon, Press, 1995 (trad. española: *Justicia poética: La imaginación literaria y la vida pública*, Andrés Bello, Barcelona, 1997).

Nussbaum, Martha: *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires, Katz Editores, 2006.

Perelman, CH: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979.

Posner, Richard A.: *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

Talavera, Pedro: *Derecho y literatura*, Comares, Granada 2006.

Ward, Ian: *Law and Literature: Possibilities and Perspectives*, Cambridge University Press, 1995.

Weisberg, Richard: *Poetics and other Strategies of Law and Literature*, New York, Columbia University Press, 1992.

Weisberg, Richard: *The Failure of the World*, Yale University Press, 1984.

Wigmore, John H.: "A List of 100 Legal Novels", *Illinois Law Review*, 1908, 2.